Gefahr und Gefährdungsvorsatz
im Hinblick auf ein Gefährdungsstrafrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Herbert Nick
Gerichtsreferendar
aus Kotzenau (Schlesien)

Marburg 1937

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163
1937

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 24. Dezember 1936.

Berichterstatter und Dekan: Professor Dr. Leopold Zimmerl.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner guten Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554427_0090

Schrifttum.

Appel: Das Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschem Recht. Jur. Diss. Köln 1930.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

—: Grundzüge des Strafrechts 8/9. Aufl. Tübingen 1925.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung, 3. Aufl. Bd. I Leipzig 1916, Bd. IV, Leipzig 1919.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

v. Buri: Über den Begriff der Gefährlichkeit und seine Anwendung auf den Versuch. Gerichtssaal (G.S.) 40, S. 503 ff.

—: Gefahr und Versuch in der 2. Auflage des I. Bandes der Normen 1890, G.S. 44, S. 321 ff.

Busch: Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts. Leipzig, 1897.

Ebert: Der Versuch —. Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht, Deutsche Justiz 1934, S. 480 ff.

Eckstein: Die Delikte gegen Leib und Leben in ihrem wechselseitigen Verhältnis, G.S. 83, S. 410 ff.

Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.

Finger: Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht. Prag 1889.

—: Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Festgabe für Rheinhard v. Frank, 1930, Bd. I, S. 230 ff.

—: Einige Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers „Nationalsozialistisches Strafrecht", G.S. 104, S. 265 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1930.

v. Gemmingen: Willens- oder Gefährdungsstrafrecht, Juristische Wochenschrift (J.W.) 1933, S. 2371 ff.

Henkel: Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 270.

Hertz: Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht, Bd. I, Berlin 1925; Bd. II, Berlin 1930.

—: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (V.D.A.T.) III, S. 373 ff.

—: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z). 19, S. 297 ff.

Klee: Der dolus indirectus als Grundform der vorstzlichen Schuld. Berlin 1906.

—: Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens. Deutsches Strafrecht 1934, S. 113 ff.

—: Nochmals Verletzungs- oder Gefährdungsstrafrecht? Deutsches Strafrecht 1934. S. 190 ff.

Köhler: Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht. München 1912.

—: Die Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. München 1900.

v. Kries: Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte. Z. 9, S. 528 ff.

Lammasch: Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuchs. Wien 1879.

Lehnkering: Der Gefahrbegriff und seine Bedeutung für die Beurteilung des strafrechtlichen, insbesondere des untauglichen Versuchs. Jur. Diss. Rostock 1920.

v. Liszt: Die Lebensgefährdung. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil (V.D.B.T.) V, S. 151 ff.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927.

Lobe: Nochmals Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht, Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.) 1934, S. 247 ff.

Löffler: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung. Leipzig 1895.
—: Die Körperverletzung. V.D.B.T. V, S. 205 ff.
Mayer, Hellmuth: Das Strafrecht des deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
Mayer, Max Ernst: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 1. Aufl. Heidelberg 1915.
Mezger: Strafrecht. München und Leipzig 1931.
—: Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht. D.J.Z. 1934. S. 96 ff.
—: Die gemeingefährlichen Handlungen im Strafgesetzentwurf 1925. G.S.93, S. 138 ff.
Miricka: Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung. Leipzig 1903.
Müller, M. L.: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912.
Oetker: Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht. Heft 1 der Schriften der Akademie für deutsches Recht S. 46 ff.
v. Rohland: Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. Dorpat u. Leipzig 1888.
Rotering: Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch. Goltdammers Archiv (G.A.) 31, S. 266 ff.
Schaffstein: Ehrenstrafe und Freiheitsstrafe in ihrer Bedeutung für das neue Strafrecht. Deutsches Strafrecht 1934, S. 273 ff.
—: Nationalsozialistisches Strafrecht. Z. 53, S. 603 ff.
Scheffer: Der allgemeine Gefährdungstatbestand und seine Berücksichtigung in einem zukünftigen Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. Jur. Diss. Kiel 1926.
Schlumprecht: Der Begriff der Gefahr und seine Verwertbarkeit für die Gefährdungshaftung. Jur. Diss. Erlangen 1927.
Siebenhaar: Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche. Z. IV, S. 245 ff.
Stooß: Dolus eventualis und Gefährdung. Z. 15. S. 199 ff.
Tarnowski: Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs. Berlin und Leipzig 1927.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Ullmann: Die Brandstiftung V.D.B.T. IX, S. 31 ff.
Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.
—: Zur Lehre vom Tatbestand. (Z.L.v.T.). Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 237.
—: Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, Z. 54, S. 575 ff.

Gliederung.

Einleitung.

I. Teil: **Gefahr und Gefährdungsvorsatz.**

A. Der Begriff der Gefahr 1
1. Das Wesen der Gefahr 1
2. Der Inhalt des Gefahrbegriffs 5
3. Die Arten der Gefahr 6

B. Der Gefährdungsvorsatz 9
1. Der Gefährdungsvorsatz und seine Abgrenzung zu den Schuldformen der herrschenden Lehre 9
2. Die Konkurrenzfrage 17
3. Der eventuelle Gefährdungsvorsatz 18
4. Die fahrlässige Gefährdung 20

II. Teil: **Die Berücksichtigung des Gefahrbegriffs im geltenden Strafrecht.**

A. Anwendung des Gefahrbegriffs im Allgemeinen Teil . . . 21
1. Die Adäquanz als Merkmal der objektiven Tatseite . . . 21
2. Mittäterschaft und Beihilfe 22
3. Gefahr und Versuch 24
a) Versuch und Vorbereitung 24
b) der untaugliche Versuch 24
c) das Problem des agent provocateur 28

B. Die Berücksichtigung des Gefahrbegriffs im Besonderen Teil . 29
1. Die Rechtswidrigkeit der Gefährdungshandlung 29
2. Die Gefährdungsdelikte 30

III. Teil: **Das Wesen des Gefährdungsstrafrechts und die Möglichkeiten eines systematischen Aufbaus.**

A. Das sogenannte Gefährdungsstrafrecht der Denkschrift des Preußischen Justizministers von 1933 33
1. Gefährdungs- und Willensstrafrecht 33
2. Das „Unternehmensstrafrecht" der Denkschrift 34

B. Die Möglichkeiten des systematischen Aufbaus 36
1. Erste Möglichkeit: Umformung der objektiven Verletzungstatbestände in objektive Gefährdungstatbestände und ihre Schwierigkeiten 36
Ersatz des Verletzungsvorsatzes durch den bloßen Gefährdungsvorsatz und die hierdurch entstehenden Probleme . . . 36
2. Die zweite Möglichkeit: Grundsätzliche Beibehaltung der objektiven Verletzungstatbestände und des Verletzungsvorsatzes, aber Berücksichtigung auch der mit bloßem Gefährdungsvorsatz herbeigeführten Gefahr 45
3. Die Konsequenzen einer derartigen Regelung 46

Einleitung.

„Gefährdungsstrafrecht" ist in neuester Zeit zu einem viel umstrittenen Begriff und — man möchte sagen leider — zu einem Schlagwort geworden. Als in der Denkschrift des Preußischen Justizministers von 1933 „Nationalsozialistisches Strafrecht" der Ersatz der bisherigen Verletzungsdurch Gefährdungstatbestände vorgeschlagen und diese Neuerung zugleich als ein Ersatz des bisherigen Verletzungs- durch ein Gefährdungsstrafrecht bezeichnet wurde, entbrannte der Kampf um dieses „Gefährdungsstrafrecht". Man bekämpfte die von der Denkschrift vorgeschlagene Neuerung und richtete seine Angriffe gegen ein Gefährdungsstrafrecht schlechthin, oder man verteidigte sie und tat dies mit Argumenten, die dem Wesen eines Gefährdungsstrafrechts, das man zu rechtfertigen glaubte, nicht entsprachen. Denn über dem Kampf um die Regelung wie sie die Denkschrift vorschlug, hatte man versäumt, zu prüfen, ob diese überhaupt ein Gefährdungsstrafrecht darstellt, man verteidigte ein „Gefährdungsstrafrecht" schlechthin oder griff es an ohne zunächst die Vorfrage nach dessen Wesen geklärt zu haben.

Wenn in der vorliegenden Abhandlung versucht werden soll, diesen Begriff klarzulegen und die Möglichkeiten des systematischen Aufbaus eines Gefährdungsstrafrechts aufzuzeigen, so wird durch diese Aufgabe der Aufbau der Arbeit bestimmt. Zur Schaffung der nötigen begrifflichen Grundlagen waren die Begriffe Gefahr und Gefährdungsvorsatz herauszuarbeiten. Hiermit befaßt sich der erste Teil der Arbeit. Es war ferner zu zeigen, inwieweit das geltende Gesetz eine Berücksichtigung des Gefahrbegriffs enthält. Bei der Prüfung dieser Frage ist bewußt von der Aufzählung einzelner Gesetzesbestimmungen abgesehen worden. Es kam vielmehr darauf an, zu zeigen, inwieweit man Probleme des geltenden Gesetzes an Hand des Gefahrbegriffs zu lösen versucht hat, und inwieweit die „Gefährdungsdelikte" des Besonderen Teils als Gefährdungsdelikte bezeichnet werden können. Im letzten Teil ist dann versucht worden, das Wesen eines Gefährdungsstrafrechts zu bestimmen, die Möglichkeiten des systematischen Aufbaus und ihre Schwierigkeiten aufzuzeigen und schließlich den Einfluß darzutun, den ein Gefährdungsstrafrecht auf seitherige Probleme haben würde. Hierbei konnte manche Frage, die einer eingehenderen Erörterung wert gewesen wäre, nur durch Aufzeigen der großen Gesichtspunkte behandelt werden.

I. Teil:
Gefahr und Gefährdungsvorsatz.

A. Der Begriff der Gefahr.

1. Das Wesen der Gefahr.

Die Frage, ob die Gefahr eine rein subjektive oder eine objektive Erscheinung sei — m.a.W. die Frage nach dem Wesen der Gefahr — verliert in dem Augenblick ihren nur begriffsscholastischen Charakter und wird zu einer grundsätzlichen, in dem mit der Erkenntnis der Gefahr als etwas rein Subjektivem die Daseinsberechtigung dieses Begriffes schlechthin oder seine Verwertbarkeit im Strafrecht (mittelbar oder unmittelbar) geleugnet wird. Insofern wird auf diese Frage näher einzugehen sein.

Die rein mechanische Kausalitätstheorie des englischen Denkers John Stuart Mill als folgerichtige Durchführung der das 19. Jahrhundert beherrschenden naturalistischen Denkrichtung und die Untersuchungen von Buris über die Kausalität[1]) waren es, die die Anschauung aufkommen ließen, nur die Wirklichkeit des tatsächlichen, nicht aber auch die Möglichkeit eines zu erwartenden Kausalverlaufs besäße für das Recht Bedeutung. Diese Nichtberücksichtigung der Möglichkeit eines zu erwartenden Kausalverlaufs führte notwendig, wenn nicht zu einer Leugnung der Gefahr überhaupt, so doch zumindest zu einer Verneinung der Verwertbarkeit dieses Begriffs für das Strafrecht. Denn — so argumentierte man — alle Ereignisse vollziehen sich unabhängig von unseren reinen Vorstellungen nach dem objektiven Gesetz der Kausalität. Für eine ausgebliebene Verletzung aber gäbe es so wenig objektive Voraussetzungen wie für eine, deren Eintritt von vornherein unmöglich erschien. Die Wirklichkeit trage entweder den zureichenden Grund für eine Verletzung in sich oder derselbe fehle: ein drittes gäbe es nicht[2]). Nach dieser Auffassung ist der Nichteintritt des Erfolges der Beweis dafür, daß etwas, was nicht zur Tatsache wurde, auch unmöglich zur Tatsache werden konnte. Das heißt m.a.W.: entweder ist der Eintritt einer Verletzung eine Notwendigkeit, oder er ist eine Unmöglichkeit, die Zwischenstufe der Verletzungsmöglichkeit, die den Grundstein für den Gefahrbegriff bildet, gibt es nicht. Hiernach wird das Urteil, das wir über eine Lage abgeben, indem wir sagen, sie sei gefährlich, immer falsch sein: denn entweder führt die Gefahr zur Verletzung, dann aber hat gerade das Typische der Gefährdung, d.h. der die Gefahr herbeiführenden Handlung[3]), gefehlt, oder aber sie hat sich wieder verzogen, und da alles was geschehen ist, von Anfang an so geschehen mußte, gilt der Beweis für die „Ungefahr" als erbracht[4]). Nach

---

[1]) Hierüber und über v. Buris Verhältnis zu der Philosophie J. St. Mills vgl. Mezger, Lehrbuch S. 113 u. 128 u. R.G.-Festgabe 1929, S. 19; ferner: Träger: Der Kausalbegriff im Straf- u. Zivilrecht, 1914, S. 17 ff.

[2]) Hertz, a.a.O., S. 73 ff.

[3]) Falsch Siebenhaar a.a.O. S. 250: „Gefährdung ist größere Gefahr".

[4]) Scheffer a.a.O. S. 6.

dieser Auffassung verdankt der Gefahrbegriff nur der Unvollkommenheit unseres Erkenntnisvermögens seine Entstehung und die Gefahr ist nichts anderes als eine bloß subjektive Abstraktion, deren Grundlosigkeit durch den Nichteintritt des Erfolges offenbar wird[5]).

Während Hertz mit dieser Beweisführung zu einer Leugnung der Daseinsberechtigung des Gefahrbegriffes kommt, verneinen die anderen Subjektivisten zwar die Objektivität dieses Begriffes, ohne damit aber seine Verwendbarkeit im Strafrecht bestreiten zu wollen[6]). Nach v. Buri[7]) ist es nicht der gegenwärtige, sondern der zukünftige Zustand des Objekts, der den Eintritt der Verletzung ermöglicht. Aus der Zukunft des Objekts aber kann ein gegenwärtiger objektiver Zustand desselben nicht hergeleitet werden, folglich handelt es sich bei der Gefahr um eine bloß subjektive Schlußfolgerung. Gegenüber der Beweisführung Bindings, der aus der Tatsache der Berücksichtigung des Gefahrbegriffs in der Gesetzgebung auf dessen Objektivität schließt, betont v. Buri[8]) m.E. zu Recht, daß diese Anerkennung durch die Gesetzgebung wohl ein Zeichen für die Verwertbarkeit dieses Begriffes im Strafrecht, aber nicht ein Beweis für dessen Objektivität ist. Wenn aber v. Buri Gefahr und Verletzung zu einem einheitlichen Begriff verschmilzt, indem er behauptet, nur im Augenblick der Verletzung sei eine Gefahr vorhanden, so leugnet er damit die Selbständigkeit des Gefahrbegriffs. Das bedeutet aber — wenn auch mittelbar — die Verneinung der Verwertbarkeit dieses Begriffs für das Strafrecht, da die Gefahr durch die Verletzung konsumiert wird[9]).

Behauptungen wie: „Tatsächlich sind die Umstände, die wir für gefährlich halten, für das gefürchtete Ereignis entweder kausal oder nicht kausal; das Ereignis muß demnach eintreten oder ausbleiben"[10]), oder „Ob man von einem Ziel einen Schritt oder unendlich weit entfernt ist, man hat es in gleicher Weise nicht erreicht"[11]), mögen schlagwortartig die Stellung der übrigen Subjektivisten erhellen[12]).

Schon aus der Tatsache, daß mit der Erkenntnis der Gefahr als etwas rein Subjektivem dieser Begriff selbst oder seine Verwertbarkeit im Strafrecht z.T. in erhebliche Zweifel gezogen wurde, erklärt sich der starke Widerspruch, der sich von Seiten der „Objektivisten"[13]) erhob. Ihr Angriff setzte allerdings vielfach an der falschen Stelle ein. So kann Bindings Schluß von der Anerkennung des Gefahrbegriffs in der Gesetzgebung auf dessen Objektivität nicht als zwingend angesehen werden, und so mußte der Versuch Ullmanns[14]), die „Realität" der Gefahr vom Standpunkt einer „praktischen Kausalitätslehre" aus zu erklären, scheitern. Ullmann unterscheidet zwischen

[5]) Siebenhaar a.a.O. S. 251 gegen Hertz S. 75.
[6]) So v. Buri, Lammasch, Janka u. Finger.
[7]) GS. Bd. 44, S. 323 ff.
[8]) a.a.O. S. 325.
[9]) Lehnkering a.a.O. S. 5.
[10]) Finger „Der Begriff . . ." S. 17. Darüber, daß Finger heute die rein subjektive Theorie ablehnt, weiter unten.
[11]) Lammasch a.a.O. S. 15.
[12]) RG. vertrat in R.G.St. Bd. 8, S. 202 die gemäßigte subjektive Theorie, hat diese jedoch in Bd. 14, S. 137 aufgegeben.
[13]) Vertreter: Binding, v. Kries, Siebenhaar, Rotering, v. Rohland, Busch, Klee, Miricka u.a.
[14]) a.a.O. S. 32—36.

logischer und praktischer Betrachtung. Jene kenne zwar nur Ursachen eingetretener Wirkung, dieser dagegen genüge die Erkenntnis eines Zusammenhanges zwischen Ursache und Wirkung, der nicht notwendig ist, sondern nach unserer Erfahrung einzutreten pflegt. Denn entscheidend für die Ursachenqualität einer Handlung sei ihre „Wirkungsfähigkeit", nicht ihr tatsächlicher Verlauf. Mit dieser Unterscheidung logischer und praktischer Betrachtung setzt sich Ullmann, sofern es sich um den wirklichen, konkreten Kausalverlauf handelt, in Widerspruch zu den Grundgesetzen unseres Denkens[15]). Er übt Kritik an dem Kausalbegriff, einem logischen Begriff, und nimmt Kausalzusammenhang aus praktischen Gründen da an, wo er die Erfaßbarkeit der Möglichkeit eines zu erwartenden Kausalverlaufs beweisen und deren rechtliche Erheblichkeit dartun sollte. Es handelt sich bei der praktischen Kausalitätslehre Ullmanns im Prinzip um den gleichen Fehler, den Mezger[16]) m.E. zu Recht an der Adäquanztheorie rügt: um eine Verwechselung von Kausalzusammenhang und rechtlicher Erheblichkeit. Daß Ullmann zu einer Bejahung des Kausalverlaufs kommt, wo er es nicht durfte, während die Adäquanztheorie einen solchen leugnet, obwohl er vorliegt, spielt hierbei keine Rolle.

Hiernach kann die Fragestellung nur so lauten: Ist die gefährliche Handlung, die sich bei Eintritt des Erfolges in eine wirklich vorhandene Bedingung der eingetretenen Verletzung verwandelt, dann nur ein zu subjektiver Befürchtung Anlaß gebendes, rechtlich unerhebliches Nichts, wenn der Erfolg ausblieb? Entscheidet also der Zufall ex post über die Beschaffenheit einer Handlung?[17]) Oder kann auch ein Ereignis, das für einen Erfolg nicht kausal geworden ist, für die juristisch-wertende Betrachtung in Beziehung zum Erfolg gesetzt und somit rechtlich bedeutsam werden?[18])

Hierzu ist zu sagen, daß ein Ereignis, das nach der allgemeinen Erfahrung und nach der Auffassung des praktischen Lebens „generell" geeignet ist, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, auch dann rechtlich bedeutsam werden kann, wenn ihm im Einzelfall die Herbeiführung des Erfolges nicht gelungen ist; denn das praktische Leben rechnet nicht überall und nur mit Wirklichkeiten, sondern auch mit Möglichkeiten und muß mit ihnen rechnen[19]). „Gefahr ist aber nicht, wie z.B. Sorge, Befürchtung der Name für einen Bewußtseinszustand, für einen emotionalen Denkakt", was einer Bejahung des rein subjektiven Charakters der Gefahr entspräche[20]). Die sog. Gefahr ist allerdings ein Urteil über die Dinge, ein emotionaler Denkakt. Da für dieses Urteil jedoch nicht die subjektive Einsicht des Täters, sondern die gemachte Erfahrung maßgebend ist, daß sich aus dieser oder einer ähnlichen Situation eine Verletzung zu entwickeln pflegt, so handelt es sich hierbei um ein Durchschnittsurteil, das — im Laufe der Zeit stabil geworden — sehr wohl

---

[15]) Mezger, G.S. 93, S. 146.
[16]) Mezger, Lehrb. S. 121 ff.
[17]) Hiergegen, doch mit anderer Begründung (die Übertragung abstrakt philosophischer Gedanken in das Gebiet des praktischen Strafrechts erscheine bedenklich) Siebenhaar a.a.O. S. 252/253.
[18]) So Mezger, Lehrb. S. 129.
[19]) Mezger, Lehrb. S. 128.
[20]) Finger, G.S. 104, S. 284; Mezger, G.S. 93, S. 146 ff.

objektive Bedeutung annehmen kann[21]). Die Nichtübereinstimmung zwischen der Welt und unserem Wissen von der Welt zwingt uns, Ähnlichkeiten als Gleichheiten zu behandeln, ohne daß hierdurch die generalisierende, vom Typischen ausgehende Betrachtungsweise ihre Berechtigung verlöre: denn jede unserer zielbewußten Handlungen geht von der Überzeugung aus, die wir aus der in der Natur beobachteten Gleichförmigkeit schöpfen, daß aus Gleichem überall Gleiches entsteht[22]). Und aus dieser Überzeugung erwächst das Durchschnittsurteil. Da aber hierbei die Differenzierung der rein subjektiven Vorstellungen der Einzelsubjekte nur geringfügig sind, dürfen wir die Gesamtheit aller subjektiven Reproduktionsbilder getrost einer einheitlichen objektiven Tatsachenwelt gleichsetzen[23]). So betrachtet Finger[24]) die Gefahr als etwas „transzendent Gegebenes", eine „empirische Realität", eine „Wirklichkeit", die nicht wie die an produktive und reproduktive Phantasievorstellung geknüpfte Sorge oder Befürchtung zur Kennzeichnung eines rein emotionalen Denkaktes dienen. „Gefahr ist in diesem Sinne nicht bloße Gespensterfurcht"[25]). So spricht Miricka[26]) von der gefährlichen Situation wie von einem objektiven Zustand. Und so bejaht Mezger[27]) die objektive „Bedeutung" des Gefahrbegriffs, der seinen Inhalt durch kognitive generelle Erfahrung empfängt.

Steht somit fest, daß an dem durch nachträgliche Prognose gewonnenen Gefahrurteil (als Durchschnittsurteil) der nachherige wirkliche Kausalverlauf nichts ändern kann, m.a.W., daß dieses Urteil seine rechtliche Erheblichkeit unabhängig vom Eintritt oder Nichteintritt des Verletzungserfolges behält, so wäre noch kurz auf die im Schrifttum vielfach vertretene Auffassung einzugehen, daß dem Gefahrbegriff die Erregung von Furcht bzw. Besorgnis wesentlich sei[28]). Soweit hiermit nichts anderes gesagt werden soll, als daß die Kenntnis der das Gefahrurteil begründenden Umstände dieses Durchschnittsurteil zur Auslösung brächte — und darauf scheinen die Bezeichnungen „naheliegende" oder „berechtigte" Besorgnis hinzuweisen — ist gegen die Verwendung dieses Ausdrucks begrifflich nichts einzuwenden. Soweit hiermit jedoch eine tatsächliche Besorgniserregung, sei es des Gefährdeten selbst oder anderer Personen, gefordert wird[29]), muß diese Auffassung abgelehnt werden, denn diese subjektiven Zustände des Subjekts sind ohne Einfluß auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Gefahr, da das Gesetz den Gefährdungen nicht etwa wegen der Beängstigung des Bedrohten oder Unbeteiligten, sondern deshalb rechtliche Bedeutung beimißt, weil viele solcher gefährdender Handlungen nicht ohne Erfolg bleiben. Eine Beeinträch-

[21]) Mezger, G.S. 93, S. 146 ff.; Miricka a.a.O. S. 147.
[22]) Finger, G.S. 104, S. 285.
[23]) Schlumprecht a.a.O. S. 17.
[24]) Festgabe für Frank 1930, S. 233.
[25]) Finger: Festschrift S. 233.
[26]) a.a.O. S. 147.
[27]) G.S. 93, S. 146 ff.
[28]) Das Merkmal „Besorgnis" verwenden in ihrer Gefahrdefinition Binding, Mezger, v. Hippel, Köhler u.a.
[29]) Hierauf scheint der Satz bei Köhler Strafr. S. 176/177: „Es genügt, daß diese Besorgnis in irgend einem Zeitpunkt des Kausalverlaufs der Ausführungshandlung (i.w.S.) vorhanden war", hinzuweisen. Ebenso Lehnkering, a.a.O. S. 9.

tigung von Rechtsgütern in ihrer ungestörten Existenz findet somit auch ohne Besorgniserregung im Einzelfall statt[30]). Dieser Ausdruck ist daher besser zu vermeiden, da er leicht zu falschen Folgerungen Anlaß gibt.

2. Der Inhalt des Gefahrbegriffs.

Was aber ist nun der Inhalt des so als strafrechtlich verwertbar erkannten Gefahrbegriffes? Auch diese Frage ist lebhaft umstritten. Während einige unter Gefahr die „Möglichkeit" der Verletzung[31]) verstehen, andere das Vorliegen einer „nahen Möglichkeit"[32]) für erforderlich halten, verlangt eine dritte Anschauung schließlich die „Wahrscheinlichkeit"[33]) des Verletzungseintritts, um einen Zustand als „gefährlich" bezeichnen zu können.

Nun ist eins klar: urteilt man, der Eintritt eines Ereignisses sei möglich, so sagt man damit, es könne vielleicht eintreten — vielleicht auch nicht. „Im günstigsten Falle haben hier Eintritt und Nichteintritt des Erfolges gleich viel für sich"[34]). Das Urteil, dieser oder jener sei (nur) möglich, ist also keine Antwort auf die Frage, ob der Erfolg eintreten werde oder nicht, sondern vielmehr ein Verzicht auf unsere Stellungnahme, und enthält eine solche nur insoweit, als es besagt, der Erfolg sei zwar nicht notwendig aber auch nicht unmöglich. Wenn wir nun bedenken, daß das bloße Möglichkeitsurteil — da ja Notwendigkeit und Unmöglichkeit die Grenzen der Möglichkeit bilden — auch den Zufall umfaßt, denn auch der zufällige Erfolg liegt im Bereich der Möglichkeit, wie ja sein Eintritt beweist, so erscheint uns die bloße Möglichkeit des Verletzungseintritts als ungeeignet für die Bestimmung des Inhalts des Gefahrbegriffs. Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht Mirickas[35]) abzulehnen, wonach unter Gefahr im Sprachgebrauch jede Möglichkeit einer schädigenden Veränderung in der Außenwelt verstanden wird, dieser „absolute" Gefahrbegriff aber für das Strafrecht unbrauchbar ist. Denn auch nach dem Sprachgebrauch dürfte der einer zufälligen Verletzung vorangehende Zustand nicht als gefährlich bezeichnet werden.

Dieser Übelstand wird zwar beseitigt, wenn man nur die „nahe Möglichkeit" des Verletzungseintritts als Gefahr bezeichnet. Dafür stellt sich aber ein neuer ein: Wenn man von der „Nähe" der Möglichkeit spricht, so stellt man es ab auf den Zeitpunkt, in dem der Eintritt des Ereignisses erwartet wird. Nun kann wohl der zeitliche Abstand zwischen Handlung und Erfolg den Grad der Verletzungsmöglichkeit beeinflussen, denn je länger die Kausalkette ist, um so größer wird die Wahrscheinlichkeit, daß durch Eingreifen eines fremden Kausalelements dem ursächlichen Verlauf eine andere Richtung gegeben wird[36]). Er braucht es aber nicht. Man spricht hier von „Nähe" der Möglichkeit, wo man von ihrer „Größe" sprechen sollte und verwechselt somit einen zeitlichen Begriff mit einem räumlichen.

[30]) Rotering S. 269; Miricka, S. 147.
[31]) Lammasch, S. 11; Hofheinz, Strafrechtl. Abh. H. 29 S. 12.
[32]) Frank, Komm. S. 9; Busch, S. 19 ff.; v. Buri, G.S. 41, S. 408 f.; Mezger, G.S. 93, 146.
[33]) Rohland a.a.O. S. 1; Siebenhaar, S. 250.
[34]) Siebenhaar, a.a.O. S. 249.
[35]) S. 144/146.
[36]) Miricka S. 145.

Zu Recht betont Siebenhaar a.a.O.[37]): „Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit haben gemeinsam, daß der Eintritt des Erfolges einerseits nicht unmöglich, anderseits nicht notwendig ist". Wenn er aber den Unterschied von Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit darin zu finden glaubt, daß mit der Bejahung des Wahrscheinlichkeitsurteils unseren Erwartungen eine bestimmte Richtung dahingehend gegeben wird, daß der Eintritt des Erfolges e h e r zu erwarten sei als sein Nichteintritt, während das Möglichkeitsurteil diese Frage offen lasse, so kann dem nicht zugestimmt werden. Der dem täglichen Leben entnommene Wahrscheinlichkeitsbegriff läßt sich in eine derart starre Form nicht zwingen. Läßt doch schon der allgemeine Sprachgebrauch innerhalb der Wahrscheinlichkeit gewisse Abstufungen zu, indem er zwischen „geringer" und „beträchtlicher" Wahrscheinlichkeit unterscheidet. Die Gefahrdefinition Siebenhaars würde somit zwar auf eine Anzahl Situationen zutreffen, die wir als „gefährlich" zu bezeichnen pflegen, aber nicht auf alle. Schon deshalb, und weil der Gefahrbegriff bei Siebenhaar eine zu große Einschränkung erfährt, ist seine Ansicht abzulehnen. Völlig abwegig — weil auf einer Verwechselung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs des täglichen Lebens mit dem der Mathematik beruhend — ist die Ansicht, als wahrscheinlich könne der Eintritt eines Erfolges nur dann angesehen werden, wenn er in mehr als 50% aller vorangegangenen gleichen oder ähnlichen Fälle erfolgt sei. Wenn wir die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des schädigenden Ereignisses für die beste Bestimmung des Gefahrinhalts ansehen, so nur deshalb, weil wir dem Sprachgebrauch entsprechend in der Wahrscheinlichkeit lediglich einen e r h ö h t e n G r a d d e r M ö g l i c h k e i t erblicken. Zwischen der so verstandenen Wahrscheinlichkeit und der richtig ausgelegten „nahen Möglichkeit" besteht daher kein Unterschied[38]). Wir ziehen diese Bestimmung des Gefahrinhalts letzterer nur deshalb vor, weil sie die jener innerwohnende Unkorrektheit vermeidet. Das tut zwar auch die Bestimmung des Gefahrinhalts als „große" oder „beträchtliche" Möglichkeit des Erfolgseintritts. Diesen umständlichen und wenig schönen Wortbildungen ist aber die Bezeichnung „Wahrscheinlichkeit" vorzuziehen.

3. Die sog. „normale" Gefahr.

Der so bestimmte Gefahrbegriff ermöglicht den Verzicht auf die von Miricka[39]) getroffene Unterscheidung von „normaler" und „strafrechtlich erheblicher" Gefahr. Da Miricka von dem absoluten Gefahrbegriff als der Möglichkeit einer Verletzung ausgeht, kommt er zu dem Schluß, daß dieser Gefahrbegriff für das Strafrecht unbrauchbar sei, denn unter diesen Begriff fielen auch die normalen Gefahren, die z.B. sportliche Betätigung oder die Ausübung eines „gefährlichen" Berufes mit sich brächten, deren Herbeiführung aber keineswegs strafrechtliche Bedeutung besäße, solange sie dem normalen Verlauf der Dinge entspräche (adäquat sei). Für die Bestimmung des Normalpunktes, bis zu welchem die Gefahr erlaubt sei, sei wiederum das Durch-

[37]) S. 249.
[38]) Das R.G. in R.G.St. Bd. 10, S. 173 und v. Liszt § 28 III. gebrauchen beide Begriffe als gleichbedeutend.
[39]) S. 147 ff.

schnittsurteil entscheidend, das sich richtet: 1) nach dem Wert des gefährdeten Rechtsgutes, 2) nach dem Umfang der drohenden Verletzung, 3) nach der Größe der Möglichkeit der Verletzung. Schließlich zieht Miricka noch den Grad der Sozialmäßigkeit der Handlung für die Bestimmung der Normalgrenze in Betracht[40]) und kommt zu dem Ergebnis (S. 153): je sozialer der Zweck der Handlung, je geringer der Wert des gefährdeten Rechtsgutes und je geringer der Umfang der drohenden Verletzung ist, um so größer sei das Maß der zulässigen Verletzungsmöglichkeit. Gefährlich im strafrechtlichen Sinn sind nach ihm daher nur solche „Handlungen, mit denen eine größere als die dem Handlungszweck in Gemäßheit des Durchschnittsurteils angemessene (adäquate) Gefahr für Rechtsgüter verbunden ist" (S. 154). Diese Auffassung, nur die übernormale (überadäquate) Gefahr sei für das Strafrecht von Bedeutung, kann von unserem Standpunkt aus nicht beigetreten werden. In all den Fällen, in denen Miricka von einer „normalen" Gefahr spricht, liegt nach unserer Auffassung von der Gefahr als Wahrscheinlichkeit der Verletzung überhaupt keine Gefahr vor. Wir wollen das an einem Beispiel darlegen: Der Arbeiter an einer Kreissäge oder in einer Munitionsfabrik übt einen „gefährlichen" Beruf aus. Berücksichtigen wir aber die getroffenen Schutz- und Sicherungsvorrichtung und dazu die durch seinen Beruf erworbene Erfahrung, so ist der Grad der Verletzungsmöglichkeit so gering, daß wir das Vorliegen einer Gefahr nicht mehr bejahen. Was uns trotzdem dazu veranlaßt, in solchen Fällen oft von einem „gefährlichen" Beruf zu sprechen, ist nichts als unsere Befürchtung, eine dieser Schutzvorrichtungen könne versagen, nicht intakt sein oder ähnliches. Diese Befürchtung zieht also die Möglichkeit einer Gefahr (d.h. einer Verletzungswahrscheinlichkeit) in Betracht. Nun ist zwar die Möglichkeit der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung immer noch eine Verletzungs möglichkeit, also eine Gefahr im Sinne Mirickas, aber keine Verletzungswahrscheinlichkeit, d. h. das, was wir unter Gefahr verstehen. Mit dem Versagen der Sicherungsvorrichtung dagegen oder mit der mangelnden Erfahrung usw. ergibt sich die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Verletzung und diesen Zustand werden wir bedenkenlos als Gefahr bezeichnen. Dann ist aber der Eintritt der Verletzung von unserem Standpunkt aus keine übernormale, überadäquate, sondern eine höchst adäquate Folgeerscheinung der geschaffenen Bedingungen. Wir kommen somit zur Ablehnung des normalen (erlaubten) Gefahrbegriffs und zu dem Ergebnis, daß Gefahr und strafrechtlich erhebliche Gefahr kein verschiedenen Begriffe sind. (Daß die Strafbarkeit der Gefährdung vom Nichtvorliegen der anerkannten Strafausschließungsgründe abhängt, ist selbstverständlich). Da das die Gefahr bejahende Urteil auf dem Wege der nachträglichen Prognose gefunden wird, sehen wir in Gefahr einen Zustand, in dem unter den gegebenen und im Augenblick der Willensbetätigung allgemein erkennbaren oder auch nur dem Täter bekannten Umständen die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß eine Verletzung eintreten werde[41]) [42]).

[40]) Daß sich das Durchschnittsurteil nach dem mit der Handlung verfolgten Zweck richten soll, kritisiert Klee dolus indirectus S. 24.

[41]) So v. Liszt, Lehrb. § 28 III,: der jedoch den Begriff der „nahen Möglichkeit" verwendet, den er der Wahrscheinlichkeit gleichsetzt.

[42]) Vgl. auch die Frank'sche Definition (S. 18) und ihre Kritik bei Lehnkering S. 7 u. Binding N. IV, S. 382, fußend auf seiner Kausalitätstheorie.

Abstrakte und konkrete Gefahr.

Fragt man sich nach der Verwendungsmöglichkeit des Gefahrbegriffs für den Gesetzgeber, so scheint es nur die zu geben, daß er in gewissen Fällen annimmt, ein bestimmter Zustand k ö n n e gefährlich sein, seine Herbeiführung aber nur dann unter Strafe stellt, w e n n er es tatsächlich ist[43]). Denn betrachtet man die Gefahr als etwas Tatsächliches, so erscheint es folgerichtig, nur die Herbeiführung einer tatsächlichen Gefahr mit Strafe zu bedrohen. Neben diesen sog. „konkreten Gefährdungsdelikten"[44]) hat der Gesetzgeber aber bestimmte Zustände s t e t s als gefährlich angesehen und ihre Herbeiführung s c h l e c h t h i n unter Strafe gestellt[43]), d.h. ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Fall eine tatsächliche Gefahr entstanden ist. Diesen sog. „abstrakten" Gefährdungsdelikten (wie z.B. §§ 306, 322, 324 u.a.m.) liegt der in Literatur und Praxis gebräuchliche „absolute Gefahrbegriff" zu Grunde. Man argumentiert[45]), „gewisse Gruppen von Handlungen seien regelmäßig gefährlich. Es brauche zwar nicht jede einzelne dieser Handlungen bei Prüfung aller im Einzelfall vorliegenden Umstände den Eintritt der Verletzung wahrscheinlich machen, es könnte innerhalb dieser Gruppe sogar solche geben, die wegen besonderer Begleitumstände gar nicht imstande seien, eine Verletzung herbeizuführen. Doch die ganze Gruppe trage den Charakter der Gefahr, weil sie generell betrachtet und ohne Rücksicht auf Einzelumstände die Gefahr als gegeben erscheinen lasse. Daraus folgert man eine besondere Art der Gefahr, die dann jeder, auch der in concreto ungefährlichen Handlung innewohne, wenn sie nur zu der Gruppe der generell gefährlichen Handlungen gehöre". Appel führt (a.a.O.) das Beispiel an, daß, wer einen Hund auf Menschen hetzt, eine gefährliche Handlung begeht, auch wenn dieser so alt ist, daß er höchstens bellen, aber nicht mehr beißen kann — eben, weil das Hetzen von Hunden auf Menschen generell gefährlich ist. Es ist ersichtlich, daß von unserem Standpunkt aus diese sog. „abstrakte Gefahr" nicht als eine A r t der Gefahr bezeichnet werden kann. Miricka[46]) führt zwar richtig aus, daß wir e x p o s t betrachtet in allen Fällen, wo der Verletzungserfolg nicht eingetreten ist, sagen müßten, die Gefahr sei keine konkrete, sondern nur eine abstrakte gewesen. Und ebenso bemerkt Hofheinz[47]), daß bei jedem Gefahrurteil von einzelnen konkreten Umständen abgesehen werden müßte, damit dieses überhaupt begrifflich möglich sei. Dieser Standpunkt ex post ist es aber nicht, der uns die Gefährlichkeit einer Handlung bejahen läßt, zu dieser kommen wir vielmehr auf dem Weg der n a c h t r ä g l i c h e n P r o g n o s e, und diese zwingt uns, alle allgemein erkennbaren oder dem Täter bekannten Umstände in Betracht zu ziehen. „Man darf eben bei der Bildung des Gefahrurteils von unbekannten, niemals aber von bekannten Umständen absehen"[48]). Hiervon wird auch die Entscheidung in dem oben gegebenen Beispiel abhängen.

Wenn wir unter Gefahr die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung verstehen, so können wir eine in concreto ungefährliche Handlung nicht deshalb als

[43]) Frank, § 1, II, 1.
[44]) z.B. §§ 312, 315, 316, 321, 323, 330 u.a.m.
[45]) Vgl. Appel, S. 13/14.
[46]) S. 158.
[47]) Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 29, S. 23.
[48]) Appel S. 15.

gefährlich bezeichnen, weil die Gruppe von Handlungen, der sie unterfällt, regelmäßig den Charakter einer Gefahr trägt. Denn aus diesem gefährlichen Charakter der Gruppe ergibt sich zwar die Möglichkeit, daß auch die einzelne Handlung eine gefährliche sein kann. Diese Möglichkeit der Gefahr ist aber keine Gefahr in dem von uns verstandenen Sinne. Den abstrakten Gefährdungsdelikten fehlt somit die Gefahr als Tatbestandsmerkmal. Es handelt sich bei ihnen um Delikte mit „präsumtiv zu deutendem Erfolg"[49]), da der Erfolg eine über das tatsächliche Ereignis hinausragende Bedeutung hat, die auf der Gefahrpräsumtion beruht.

Hiermit ist lediglich die sog. „abstrakte" Gefahr als Art der Gefahr abgelehnt. Offengelassen ist dagegen die Frage, ob sich die Schaffung abstrakter Gefährdungstatbestände aus anderen — z.B. gesetzgeberischen — Gründen rechtfertigt. Das wird an anderer Stelle zu behandeln sein.

B. Der Gefährdungsvorsatz.

1. Der Gefährdungsvorsatz und seine Abgrenzung zu den Schuldformen der herrschenden Lehre.

Wenn im folgenden der Gefährdungsvorsatz und sein Verhältnis zu den Schuldformen de lege lata behandelt werden soll, so sei gleich betont, daß es sich bei dem Gefährdungsvorsatz um keine neue Schuldform im Gegensatz zum Verletzungsvorsatz handelt. Zwar legt die Bezeichnung „Gefährdungsvorsatz" die Annahme nahe, als handle es sich hier um verschiedene Arten des Vorsatzes, aber die Unhaltbarkeit dieser Annahme zeigt sich, wenn wir bedenken, daß Vorsatz eine bestimmt geartete seelische Beziehung des Täters zu irgendwelchen Folgen seiner Tat ist, eine psychische Einstellung, die stets dieselbe ist[50]). Richtig ist vielmehr, daß beim Gefährdungsvorsatz der Inhalt des Vorsatzes ein besonders gearteter ist. Und hierin besteht der ganze Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz: bei jenem wird der Vorsatz auf den objektiven Tatbestand der Verletzung, bei diesem auf den der Gefährdung bezogen[50]). Die von Stooß[51]) vertretene Auffassung, der Gefährdungsvorsatz stelle eine dritte Schuldform, ein Mittelding zwischen dolus und culpa dar, ist daher mit Recht von der überwiegenden Mehrheit abgelehnt worden[52]).

Auszugehen ist daher vom Verletzungsvorsatz, und es sei gestattet, zunächst den Gefährdungsvorsatz in seinem Verhältnis zum direkten Verletzungsvorsatz[53]) zu behandeln und erst im Anschluß hieran seine Beziehungen zur Verletzungsabsicht aufzuzeigen, da diese Reihenfolge in Anbetracht der möglichen Gleichheit des Vorstellungsmomentes bei Verletzungsabsicht, eventuellem Verletzungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit als die gegebene erscheint.

---

[49]) Mayer, M. E., S. 129.
[50]) Scheffer, S. 31; v. Hippel V.D.A. T. III S. 528 ff.; Mezger, Lehrb. S. 340, Anm. 5.
[51]) Z. 15, S. 199 ff.
[52]) Näheres bei Scheffer, S. 30.
[53]) Mit „direktem Vorsatz" ist im folgenden nur der einfache direkte Vorsatz gemeint.

Direkter Verletzungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter mit Bestimmtheit annahm, daß eine Verletzung einträte, ohne daß diese ihm erwünscht war[54]). Dem direkten Gefährdungsvorsatz ist hiernach die bestimmte Annahme des Täters wesentlich, daß eine Gefahr für das bedrohte Rechtsgut eintrete, ohne daß diese ihm erwünscht ist, d.h. nicht den Verletzungserfolg selbst stellt sich der Täter vor und nimmt ihn in seinen Willen auf, sondern als Folge seiner Handlung stellt er sich eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut als sicher vor und nimmt diese in seinen Willen auf. Nun ist es klar, daß sich beide Vorsätze verbinden können. Einmal kann der Täter in erster Linie eine Gefahr für das bedrohte Rechtsgut voraussehen, aber auch mit einer eventuell eintretenden Verletzung einverstanden sein. Er kann aber auch umgekehrt in erster Linie die Verletzung voraussehen, aber auch die (zumindest) eintretende Gefahr in seinen Willen aufnehmen[55]). Der Streit um das Wesen beider Vorsätze bezieht sich aber nicht hierauf, sondern im Grunde genommen nur auf die Frage, ob in dem direkten Verletzungsvorsatz stets der Gefährdungsvorsatz als etwas Selbstverständliches enthalten ist[55]).

Hierzu ist zu sagen, daß der direkte Verletzungsvorsatz immer den Gefährdungsvorsatz in sich schließt, denn auf der Bahn der Verletzung ist die Gefahr eine zeitlich vorausliegende Stufe des Kausalverlaufs[56]), d.h. wer die Verletzung voraussieht und billigt, der sieht auch voraus und billigt, daß das angegriffene Objekt durch den dieser vorausgehenden Zustand der Gefahr hindurchgeführt wird. Wenn Frank[57]) aus psychologischen Gründen den Gefährdungsvorsatz in den Fällen verneint, wo der Täter bei der Voraussicht, daß es bei der Gefährdung bleiben werde, die Handlung unterlassen hätte, so kann dem nicht zugestimmt werden. Denn der mit direktem Verletzungsvorsatz Handelnde nimmt mit Bestimmtheit an, daß der Erfolg einträte. Diese bestimmte Vorstellung des Erfolgseintritts (d.h. der Verletzung) schließt aber notwendigerweise die Annahme des Täters, seine Handlung könne im Stadium der Gefährdung stecken bleiben, aus.

Schließt so der direkte Verletzungsvorsatz immer den Gefährdungsvorsatz in sich[58]), so bedeutet das nicht umgekehrt, daß der Gefährdungsvorsatz immer den Verletzungsvorsatz in sich schlösse. Denn da die Gefahr die der Verletzung vorausgehende Stufe des Kausalverlaufs ist, ist es ohne weiteres möglich, daß der Täter nur diese Stufe, nicht aber die weitere der Verletzung erreichen will[56]). Ist der Wille des Täters aber darauf gerichtet, daß der Kausalverlauf bei der Gefährdung Halt mache, so fehlt jeder Verletzungsvorsatz (auch dolus eventualis). Wir haben es in diesem Falle mit einem reinen Gefährdungsvorsatz zu tun, der meist in Form der Gefährdungsabsicht auftreten wird. Wenn Busch[59]) die Möglichkeit eines reinen Gefährdungswillens bestreitet, so führt ihn hierzu seine Vorsatzdefinition: vorsätzlich herbeige-

[54]) Auf den Streit zwischen Willens- und Vorstellungstheorie einzugehen, würde zu weit führen; vgl. hierzu v. Hippel „Vorsatz ..."; Miricka a.a.O. u. Engisch S. 126 ff.

[55]) Frank § 59 III.

[56]) v. Hippel, Vorsatz, S. 529.

[57]) Frank § 59 III.

[58]) Das R.G. in R.G.St. Bd. 25, 321 ff. u. 62 S. 8 ff. hält ein Zusammentreffen von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz hinsichtlich desselben Objekts nur dann für möglich, wenn einer von ihnen ein eventueller ist.

[59]) S. 46.

führt sei ein Erfolg, wenn sich der Täter des leicht möglichen Eintritts des Erfolges als eines rechtswidrigen bewußt war. Nach ihm besteht, da dieses Bewußtsein des leicht möglichen Eintritts des Erfolges als eines rechtswidrigen auch zum Verletzungsvorsatz genügt, zwischen Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz kein materieller Unterschied (S. 43), denn so argumentiert er: „birgt die Handlung die Gefahr einer Rechtsgüterverletzung in sich, welche wir oben als große Möglichkeit gekennzeichnet haben, und ist sich der Handelnde dieser Qualität seiner Handlung bewußt, so d ü r f e n wir in der weitaus g r ö ß t e n Zahl der Fälle annehmen, daß der in der Handlung tätige Wille dem Handelnden als rechtswidriger, sein Vorsatz als rechtswidriger ihm zum Bewußtsein komme". v. Hippel[60]) weist m.E. zu Recht darauf hin, daß aus diesem Satz logischerweise das Umgekehrte von dem folgt, was Busch beweisen will: nämlich, daß es Fälle gibt, wo der (Verletzungs-)Vorsatz f e h l t, obwohl der Handelnde „sich des leicht möglichen Eintritts des Erfolges als eines rechtswidrigen bewußt war". Damit aber fehlt der Schlußfolgerung Buschs, ein materieller Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz bestünde nicht, es gäbe keinen reinen Gefährdungswillen, die Unterlage.

Es ist somit als Ergebnis festzustellen: der direkte Verletzungsvorsatz schließt den Gefährdungsvorsatz i m m e r in sich, nicht aber auch umgekehrt. Es gibt einen reinen Gefährdungsvorsatz, da mit dem Eintritt der Gefahr der weitere der Verletzung nicht n o t w e n d i g verbunden ist.

Verletzungs a b s i c h t, die schwerste Schuldform der herrschenden Lehre liegt dann vor, wenn es dem Täter gerade darauf ankam, die Verletzung herbeizuführen, wenn diese ihm erwünscht war. Der Unterschied gegenüber dem bloßen Gefährdungsvorsatz hinsichtlich des W i l l e n s m o m e n t s ist offensichtlich, da der mit bloßem Gefährdungsvorsatz Handelnde nur die Herbeiführung einer Gefahr in seinen Willen aufnimmt, den Eintritt der Verletzung dagegen ablehnt. Somit bedeutet, was das Willensmoment anbetrifft, die Verletzungsabsicht gegenüber dem bloßen Gefährdungsvorsatz ein P l u s.

Hinsichtlich des V o r s t e l l u n g s m o m e n t s wird ein Unterschied dann nicht vorliegen, wenn sich der mit Verletzungsabsicht handelnde Täter den Eintritt der Verletzung als sicher oder als wahrscheinlich vorstellt. Da jedoch nach h. L. der Vorwurf der schwersten Schuldform den Täter nicht allein in diesen Fällen, sondern auch dann trifft, wenn er sich den Eintritt der Verletzung nur als m ö g l i c h vorgestellt hat[61]), wird i n s o f e r n zu untersuchen sein, ob sich hinsichtlich des Vorstellungsmoments ein Unterschied zwischen Verletzungsabsicht und bloßem Gefährdungsvorsatz feststellen läßt. Zugleich sei darauf hingewiesen, daß diese Untersuchung auch für die Abgrenzung zwischen reinem Gefährdungsvorsatz und eventuellem Verletzungsvorsatz einerseits, und zwischen reinem Gefährdungsvorsatz und bewußter Verletzungs-

[60]) Z. 19, S. 297 ff.

[61]) Der Grund hierfür dürfte darin liegen, „daß durch das der Absicht charakteristische Merkmal des Erwünschtseins die Aufmerksamkeit von den übrigen Momenten abgezogen wird", und daß diese Intensität der subjektiven Widerspiegelung n. h. L. selbst einen geringen Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts als zur schwersten Schuldform hinreichend erscheinen läßt. Vgl. Zimmerl, Aufbau S. 179.

fahrlässigkeit anderseits gilt, da die Vorstellung des Verletzungseintritts als eines „bloß möglichem" diesen Schuldformen wesentlich ist.

Das ist nun klar: Erschöpft sich das Vorstellungsmoment des mit Absicht handelnden Täters darin, daß er sich den Eintritt der Verletzung als „bloß möglich" vorstellt, so scheint der Gefährdungsvorsatz hinsichtlich des Vorstellungsmoments ein Plus gegenüber dieser schwersten Schuldform zu bedeuten; denn der mit Gefährdungsvorsatz Handelnde stellt sich den Eintritt der Verletzung als wahrscheinlich vor, da ja Gefahr die Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts bedeutet. Wenn aber der Gefährdungsvorsatz, was das Vorstellungsmoment anbetrifft, ein Plus gegenüber der Verletzungsabsicht zu bedeuten hätte, so hätte das zur Folge, daß er nur in den Fällen der Verletzungsabsicht von dieser mitumfaßt würde, in denen sich der Täter den Eintritt der Verletzung ebenfalls als wahrscheinlich vorgestellt hat. Wenn wir aber bedenken, daß Unmöglichkeit und Notwendigkeit die Grenzen der Möglichkeit bilden, und daß auch der Zufall im Bereich des Möglichen liegt, so erscheint es zweifelhaft, ob die h.L. d i e s e n Möglichkeitsbegriff zu Grunde legt, wenn sie die Vorstellung von der bloßen Möglichkeit des Verletzungseintritts als ausreichend erklärt. Es gilt also, den Fehler zu vermeiden, aus der Gleichheit der Bezeichnung auf die Gleichheit der Begriffe zu schließen. Eine Ausscheidung derjenigen Fälle aus der strafrechtlichen Betrachtung, in denen der Täter durch sein Verhalten eine solche Konstellation der Bedingungen zustande bringt, daß der Eintritt des Erfolges als gänzlich unwahrscheinlich, als reiner Zufall erscheint, wird zwar meist in der Weise erfolgen, daß man die A d ä q u a n z als Merkmal der Verursachung, der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit ansieht[62]). Einerseits aber werden diejenigen, die die Adäquanz n i c h t als ein Merkmal der o b j e k t i v e n Tatseite betrachten, diese Frage als V o r s a t z frage behandeln müssen, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden[63]). Anderseits werden auch diejenigen, die in der Adäquanz ein Merkmal der objektiven Tatseite sehen, die Frage nach der Adäquanz als V o r s a t z i n h a l t in den Fällen aufwerfen müssen, in denen objektive und subjektive Tatseite auseinanderfallen[64]). Um dies an einem Beispiel klarzumachen[65]): Der X veranlaßt seinen unerfahrenen Bruder, den er beseitigen möchte, zu einer Bergtour, die objektiv betrachtet außerordentlich gefährlich ist, sodaß es unverantwortlich erscheint, einen jungen unerfahrenen Menschen eine solche Tour machen zu lassen. Der Bruder kommt bei dieser Tour ums Leben. Nehmen wir nun an, der X habe die besondere Gefährlichkeit der Tour n i c h t gekannt, er habe seinen Bruder nur in der vagen Vorstellung zu der Tour veranlaßt, daß Bergtouren im allgemeinen gewisse Möglichkeiten des Unfalls eröffnen. In diesem Falle war das Verhalten des X zweifellos objektiv generell begünstigender Umstand für die Herbeiführung des Todes seines Bruders. Werden wir ihn aber deswegen wegen v o r s ä t z l i c h e r Tötung bestrafen? Wir sehen also, daß beim Auseinanderfallen der objektiven und subjektiven Tatseite auch diejenigen, die die Adäquanz als Merkmal der objektiven Tatseite ansehen, sie als Inhalt des

[62]) Hierauf wird später noch eingegangen werden.
[63]) So die meisten Vertreter der Bedingungstheorie. Vgl. Engisch S. 156.
[64]) Zu dieser Frage vgl. Engisch, S. 150 ff.
[65]) Beispiel nach Engisch, S. 154.

Vorsatzes nicht entbehren können; dies jedenfalls, sofern wir mit Engisch der Ansicht sind, daß sich die Frage, ob die Adäquanz ein Tatumstand i.S. des § 59 StGB ist, auf den sich der Vorsatz beziehen müsse, nur als Vorsatzproblem lösen läßt[66]).

Anerkennen wir die Adäquanz als Vorsatzinhalt, so hat das zu bedeuten: Vorsatz kann dem Täter nur dann zur Last gelegt werden, wenn er „sein Verhalten als eine solche Einflußnahme auf den Erfolgseintritt ansieht, welche diesen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten läßt. Hat er das Bewußtsein, durch sein Verhalten eine solche Konstellation von Bedingungen zustande zu bringen, daß ihm nunmehr der Eintritt des Erfolges nicht als reiner Zufall, nicht als gänzlich unwahrscheinlich erscheint, so ist er ein Wollender, so beabsichtigt er den Erfolg, ohne dies bleiben unbestimmte Hoffnungen und Wünsche übrig"[67]). Führt so die Bejahung der Adäquanz als Vorsatzinhalt zur Ausscheidung des reinen Zufalls und nur entfernter Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung aus dem Gebiet der vorsatzbegründenden Kenntnis, so hat das für die Frage der Abgrenzung des Vorstellungsmoments bei der Absicht und beim bloßen Gefährdungsvorsatz die Bedeutung, daß ein Unterschied hinsichtlich des Vorstellungsmoments bei dem mit Verletzungsabsicht handelnden Täter und dem mit Gefährdungsvorsatz Handelnden n i c h t besteht. Der mit Gefährdungsvorsatz Handelnde stellt sich den Eintritt der Verletzung als wahrscheinlich vor, für den mit Verletzungsabsicht Handelnden genügt zwar nach h. L. die Vorstellung des Eintritts der Verletzung als eines nur möglichen. Die Bejahung der Adäquanz als Vorsatzinhalt führt jedoch zur Ausscheidung des reinen Zufalls und nur entfernt möglicher Tatbestandsverwirklichung. Die Wahrscheinlichkeit aber bedeutet nichts anderes als einen erhöhten Möglichkeitsgrad, der zur Ausscheidung des Zufalls und nur entfernter Möglichkeiten führt, selbst aber wieder graduierbar ist. Wenn wir die Wahrscheinlichkeit dann bejahen, die Möglichkeit dann als eine „große" ansehen, wenn die gegebenen Bedingungen als Ganzes betrachtet zum Erfolg hindrängen, während sein A u s b l e i b e n als u n b e r e c h e n b a r, als z u f ä l l i g erscheint[68]), so bedeutet das, daß mit Bejahung der Adäquanz als Vorsatzinhalt ein Unterschied im Vorstellungsmoment des mit Verletzungsabsicht Handelnden und des mit bloßem Gefährdungsvorsatz Handelnden nicht besteht.

Besteht also hinsichtlich des Vorstellungsmoments kein Unterschied zwischen Verletzungsabsicht und reinem Gefährdungvorsatz, liegt der einzige Unterschied vielmehr in der Verschiedenheit des Willensmoments und bedeutet insofern die Verletzungsabsicht ein P l u s gegenüber dem reinen Gefährdungsvorsatz, so ergibt sich hieraus, daß der Gefährdungsvorsatz auch von der Verletzungsabsicht mitumfaßt wird.

Die größte Unklarheit herrscht bezüglich des Verhältnisses des e v e n t u e l l e n Verletzungsvorsatzes zum reinen Gefährdungsvorsatz. Jener liegt nach der h. L. dann vor, wenn der Täter den ihm an sich unerwünschten oder gleichgültigen Eintritt der Verletzung bloß für möglich hielt, aber für den Fall

---

[66]) Engisch, S. 151.
[67]) Ders. 162/163.
[68]) So Henkel, a.a.O. S. 27/28.

ihres Eintritts mit ihr einverstanden war, sie mit in Kauf nahm[69]). Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit die für oder gegen die Daseinsberechtigung des dolus eventualis sprechenden Gründe darzulegen. Hier handelt es sich vielmehr darum, zu versuchen, die Grenzen zwischen ihm und dem Gefährdungsvorsatz aufzuzeigen.

Während die einen den Gefährdungsvorsatz dem dolus eventualis gleichsetzen[70]) und behaupten, Gefährdungsverbrechen seien nichts anderes als unvollendete Verletzungsverbrechen, begangen mit dolus eventualis, leugnen die anderen[71]), daß der direkte Gefährdungsvorsatz mit dem eventuellen Verletzungsvorsatz überhaupt etwas zu tun habe. Beiden Ansichten kann nicht beigetreten werden. Schon die Tatsache, daß wir einen reinen Gefährdungswillen anerkennen, widerspricht der Gleichsetzung von Gefährdungs- mit eventuellem Verletzungsvorsatz. Daß Löffler und Busch zu einem anderen Ergebnis kommen, beruht auf ihrer Vorsatzdefinition, nach der sie Verletzungsvorsatz da annehmen, wo wir Gefährdungsvorsatz bejahen.

Bei dem Versuch, den Gefährdungsvorsatz gegen den eventuellen Verletzungsvorsatz abzugrenzen, erscheint es am naheliegendsten, es auf die Willensrichtung des Täters abzustellen. Und hier zeigt sich, daß der mit Gefährdungsvorsatz Handelnde mit dem N i c h t eintreten der Verletzung rechnet, sie innerlich ablehnt, während der mit eventuellem Verletzungsvorsatz Handelnde den Eintritt der Verletzung billigt, sie in Kauf nimmt (Willenstheorie). Das Willensmoment erscheint also als Unterscheidungsmerkmal zwischen Gefährdungsvorsatz und eventuellem Verletzungsvorsatz. Aus der Tatsache, daß dieses Willensmoment (vom Standpunkt der Willenstheorie aus) zugleich als Unterscheidungsmerkmal zwischen dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit dient, glaubt Miricka[72]) den Schluß ziehen zu müssen, daß dieses Merkmal nicht auch zur Abgrenzung des Gefährdungsvorsatzes gegenüber dem dolus eventualis verwandt werden könne. Da das Willensmoment somit als Unterscheidungsmerkmal unbrauchbar sei und der Willenstheorie ein anderes diesbezügliches Kriterium nicht zur Verfügung stände, so bleibt nach ihm der Willenstheorie keine andere Möglichkeit, als dem Gefährdungsvorsatz das ganze ungeteilte Gebiet des evtl. Verletzungsvorsatzes zuzuweisen. Zu demselben Ergebnis muß nach Miricka (S. 82) auch die Vorstellungstheorie kommen, da auch ihr hypothetisches Unterscheidungsmerkmal (wie der Täter gehandelt hätte, wissend, daß die Verletzung mit Gewißheit eintreten werde) sich nicht zur Durchführung einer weiteren Teilung innerhalb des evtl. Verletzungsvorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit zwecks Ziehung einer Grenze für den Gefährdungsvorsatz eigne. Hierzu ist zu sagen: man mag es bedenklich finden, einen hypothetischen Fall der Beurteilung, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, zu Grunde zu legen[73]), man mag den dolus eventualis aus logischen oder aus praktischen Gründen wegen der mit ihm verbundenen Beweisschwierigkeiten ablehnen — trotzdem ist der Grund Mirickas nicht ersichtlich, daß der

[69]) Vgl. im einzelnen Miricka, S. 19 ff.; Zimmerl, Aufbau S. 181; Engisch, S. 91 ff.; v. Hippel, Vorsatz.
[70]) Löffler, V.D.B. T. V. S. 278.
[71]) v. Liszt V.D.B.T. V S. 152.
[72]) S. 79 ff.
[73]) Zimmerl, Aufbau S. 181.

Wille ein Unterscheidungsmerkmal zwischen eventuellem Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz deswegen nicht abgeben könne, weil er bereits bei einer anderen Abgrenzung zu sonstigen psychischen Zuständen Verwendung gefunden hat[74]). Es ist somit festzustellen, daß Gefährdungsvorsatz und eventueller Verletzungsvorsatz sich durch die Willensrichtung des Täters unterscheiden. Und zwar bedeutet der eventuelle Verletzungsvorsatz gegenüber dem reinen Gefährdungsvorsatz ein Plus, insofern als bei ihm der Täter die Verletzung in seinen Willen aufnimmt.

Was das Vorstellungsmoment beim eventuellen Verletzungsvorsatz anbetrifft, so gilt für ihn das in dieser Beziehung zur Absicht Gesagte entsprechend. Auch hier darf hinsichtlich des Vorstellungsmomentes ein Plus des Gefährdungsvorsatzes nicht einfach aus der Tatsache hergeleitet werden, daß die h. L. formuliert, es genüge für den mit dolus eventualis Handelnden, daß er sich den Erfolg als „möglich" vorgestellt hat. Denn genügt die Vorstellung nur entfernter Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung nicht einmal bei Beabsichtigung des tatbestandsmäßigen Erfolges, so erst recht nicht dort, wo es an dieser auf den Erfolg hinzielenden emotionalen Beziehung fehlt[75]). Eine Verschiedenheit des Vorstellungsmomentes bei eventuellem Verletzungsvorsatz und reinem Gefährdungsvorsatz existiert somit, wenn man die Adäquanz als Vorsatzinhalt bejaht, nicht, denn diese bedeutet, daß der Täter ein solches Verhalten einschlägt, das in seinen Augen die genügende Eignung zur Herbeiführung des Erfolges besitzt, bedeutet m.a.W. das Bewußtsein der Gefährlichkeit des Verhaltens.

Das Plus hinsichtlich des Willensmomentes, das der eventuelle Verletzungsvorsatz gegenüber dem bloßen Gefährdungsvorsatz darstellt, und die Gleichheit des Vorstellungsmomentes bewirken, daß der eventuelle Verletzungsvorsatz immer den Gefährdungsvorsatz in sich schließt.

Was das Verhältnis des Gefährdungsvorsatzes zur bewußten Fahrlässigkeit anbetrifft, so kann hier ein Unterschied in der Willensrichtung des Täters nicht gefunden werden. Denn wie bei diesem, so bestimmt bei jener die Hoffnung auf den Nichteintritt des Verletzungserfolges den Täter zum Handeln.

Aber auch bezüglich des Vorstellungsmoments besteht ein Unterschied zwischen bewußter Verletzungsfahrlässigkeit und reinem Gefährdungsvorsatz nicht. Es kann auf das in dieser Beziehung zur Verletzungsabsicht und zum eventuellen Verletzungsvorsatz Gesagte Bezug genommen werden. Zeigt sich aber weder bezüglich des Willensmomentes noch bezüglich des Vorstellungsmomentes ein Unterschied zwischen reinem Gefährdungsvorsatz und bewußter Verletzungsfahrlässigkeit, so bedeutet das, daß beide Begriffe sich decken, m.a.W. daß die bewußte Verletzungsfahrlässigkeit nichts anderes ist als Gefährdungsvorsatz[76]). Dieser Auffassung ist entgegengehalten worden, sie ginge zu weit; denn von Gefährdungsvorsatz könne in den Fällen nicht gesprochen werden, in denen der Täter zwar die Möglichkeit des Eintritts der Verletzung bedacht habe, sie aber für so gering gehalten habe,

[74]) Vgl. Köhler, „Probleme ..." S. 73 ff.
[75]) Engisch, S. 180.
[76]) Ebenso Mittermaier, Z. 32, S. 418/419; Kohlrausch, Reform 1910, S. 195 ff.; Miricka, S. 77 ff.; Engisch, S. 401.

daß sie in seinen Augen noch nicht den Charakter einer Gefahr getragen habe. In diesem Fall läge aber noch immer bewußte Verletzungsfahrlässigkeit vor[77]). Diesem Einwand hält Engisch (S. 404/5) m.E. zu Recht entgegen, daß in diesem Fall auch von bewußter Verletzungsfahrlässigkeit nicht mehr gesprochen werden könnte, denn „wenn die Kategorie der bewußten Fahrlässigkeit überhaupt einen Sinn haben soll, so kann er nur darin bestehen, daß hier schon in der Vorstellung etwas liegt, was den Täter abhalten soll, andernfalls kann es nur auf die Vermeidbarkeit des M a n g e l s an Vorstellungen ankommen, es liegt dann also unbewußte Fahrlässigkeit vor". Wenn der Täter an die Gefahr des Erfolgseintritts aber nicht geglaubt hat, so lag in seiner Vorstellung nichts, was ihn hätte abhalten sollen, man wird ihm also nicht den Vorwurf machen können, daß er angesichts jener erkannten Möglichkeit sein Verhalten hätte anders einrichten müssen.

Wenn weiter behauptet wird, die bewußte Verl. Fahrlässigkeit sei dann kein Gefährdungsvorsatz, „wenn der Täter den Eintritt einer, wie er einsah, ernsthaften Gefahr sich nicht als sicher, sondern nur als möglich vorstellte und die Hoffnung auf deren Ausbleiben entscheidend für die Vornahme seiner Handlung war"[78]), so beruht dieser Einwand auf der Annahme, daß es einen eventuellen Gefährdungsvorsatz gäbe. Diese Frage wird weiter unten noch zu behandeln sein, es sei hier nur gesagt, daß wir die Möglichkeit eines eventuellen Gefährdungsvorsatzes bestreiten, womit diesem Argument die Grundlage entzogen wird. Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß die bewußte Verletzungsfahrlässigkeit nichts anderes als reiner Gefährdungsvorsatz ist[79]).

Gegenüber der u n b e w u ß t e n Fahrlässigkeit bedeutet der reine Gefährdungsvorsatz ein Plus sowohl hinsichtlich des Vorstellungs- wie des Willensmomentes. An einem gemeinsamen Berührungspunkte fehlt es, d.h. sie schließen sich, soweit es sich um das gleiche Beziehungsobjekt handelt, aus.

Als Ergebnis ist somit festzustellen:

1) Es gibt einen reinen Gefährdungsvorsatz.
2) Mit der Verletzungsabsicht, dem direkten und dem eventuellen Verletzungsvorsatz ist der Gefährdungsvorsatz immer gegeben.
3) Bewußte Verletzungsfahrlässigkeit ist Gefährdungsvorsatz.
4) Mit der unbewußten Verletzungsfahrlässigkeit hat der Gefährdungsvorsatz nichts zu tun.

Was die Punkte 1) und 4) und den direkten Verletzungsvorsatz anbetrifft, so müßten auch diejenigen, die die Adäquanz als Merkmal der Schuld nicht anerkennen, zu demselben Ergebnis kommen. Bezüglich der Verletzungsabsicht, dem evtl. Verletzungsvorsatz und der bew. Verl.-Fahrlässigkeit jedoch würden sie von unserem Ergebnis insofern abweichen, als diese Schuldformen

.....

[77]) v. Hippel, V.D.A.T. III S. 532; Busch, S. 59; Scheffer, S. 35; Köhler, Probleme, S. 81 Z. 2.

[78]) v. Hippel, V.D.A.T. III S. 532; Busch S. 59; Scheffer, S. 35.

[79]) Wenn Engisch S. 409 meint: „beide unterscheiden sich nur in objektiver Beziehung, insofern als zur vors. Gefährdg. der Eintritt des Verl. Erfolges nicht notwendig ist", so ist dies irreführend, denn die Tatsache, daß zur B e s t r a f u n g d e s F a h r l ä s s i g k e i t s d e l i k t ' s nach geltendem Recht der Eintritt des Erfolges gefordert wird, berechtigt nicht, diesen Verl.-Erfolg zum W e s e n der Fahrlässigkeit als S c h u l d f o r m zu rechnen.

den Gefährdungsvorsatz nach ihrer Ansicht nicht immer, sondern nur in den Fällen mitumfaßten, in denen auch bei ihnen ein erhöhter Grad der Möglichkeit des Verletzungseintritts (Verletzungswahrscheinlichkeit) gegeben ist.

2. Die Konkurrenzfrage.

2) Ist aber der Gefährdungsvorsatz in dem Verl.-Vorsatz, der Verl.-Absicht und der bewußten Verl.-Fahrlässigkeit immer notwendig enthalten, so taucht die Frage auf, ob er infolgedessen im Falle dieses Zusammentreffens seine Selbständigkeit verliert oder ob er sie trotzdem behält, m.a.W. die Konkurrenzfrage wird akut.

Daß diese Frage sich nur im Sinn einer Gesetzeskonkurrenz beantworten läßt, kann von dem hier vertretenen Standpunkt aus nicht zweifelhaft erscheinen. Denn, ist der bloße Gefährdungsvorsatz in diesen Schuldformen immer und notwendig enthalten, so schließen diese den deliktischen Unwert jenes ebenso notwendig in sich, d.h. aber: neben diesen Schuldformen kommt der bloße Gefährdungsvorsatz nicht mehr selbständig zum Zuge, er wird von diesen konsumiert. Man hat dies zu bestreiten versucht und die Möglichkeit echter Konkurrenz bejaht[80]); denn — so argumentierte man — es wäre verfehlt, wenn in den Fällen, in denen die Verletzungshandlung im Versuchsstadium stecken geblieben oder gar wegen Rücktritts straflos sei, derjenige, der gefährden und verletzen wollte, milder (oder gar nicht) bestraft würde als derjenige, dessen Vorsatz bloß auf Gefährdung gerichtet war. Dieses Argument kann nicht anerkannt werden. Denn einmal wird hier die Frage hineingezogen, ob es auch einen Rücktritt von der Gefährdung gibt. Zum zweiten aber ist zu sagen, daß der wegen Rücktritts straflosen Verletzungshandlung die konsumierende, den Unwert des geringeren (Gefährdungs-) Delikts in sich schließende Kraft nicht innewohnt, Gesetzeskonkurrenz also deshalb in diesen Fällen gar nicht gegeben ist[81]). Man hat weiter behauptet[82]), die Frage, ob Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz in echter oder in unechter Konkurrenz zueinander stehen, ließe sich in dieser Allgemeinheit de lege lata überhaupt nicht beantworten und begründete diese Auffassung mit der Systemlosigkeit des geltenden Gesetzes: hätte — so meint man — der Gesetzgeber die Gefährdungen in bestimmter Weise behandelt und aus den allgemeinen Gefährdungen die Verletzungen herausgehoben und mit schwererer Strafe bedroht, so ließe sich diese Frage einheitlich im Sinn einer Gesetzeskonkurrenz beantworten. Da dies jedoch nicht der Fall ist, sieht man keinen anderen Ausweg, als von Fall zu Fall nach einer annehmbaren Lösung zu suchen[83]). Diese Ansicht erscheint auf den ersten Blick einleuchtend, sie setzt jedoch an Stelle der Frage nach der Konkurrenz zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz die Frage nach der Konkurrenz zwischen den Verletzungs- und den Gefährdungsdelikten des geltenden Gesetzes und zieht aus der Tatsache, daß de lege lata von einer grundsätzlichen Konsumtion des Gefährdungs- durch das Verletzungsdelikt nicht gesprochen werden kann,

[80]) v. Hippel, Vorsatz, S. 531.
[81]) Mezger, Lehrb. S. 407; Frank, § 46 IV.; RG. 28, S. 200.
[82]) Eckstein, a.a.O. S. 418; Miricka, S. 91 ff.
[83]) Miricka, S. 91 ff.

den Schluß, dies sei auch im Verhältnis von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz nicht der Fall.

Damit aber übersieht diese Ansicht Folgendes: daß im geltenden Gesetz eine grundsätzliche Konsumtion der Gefährdungs- durch die Verletzungsdelikte nicht stattfindet, beruht darauf, daß in den meisten Fällen das in der Gefährdungsnorm geschützte Rechtsgut nicht das alleinige durch die Verletzungsnorm geschützte Rechtsgut ist (wie z.B. bei den gemeingefährlichen Delikten[84]). Dient aber das Gefährdungsverbot zugleich dem Schutz anderer Rechtsgüter als der durch die Verletzungsnorm geschützten, so ist es klar, daß sein Unrechts- und Schuldgehalt von dem der Verletzungsnorm nicht voll erfaßt ist. Aus diesem Grunde aber schließen die Verletzungsnormen den deliktischen Unwert der Gefährdungsnormen nach geltendem Gesetz meist nicht in sich, nicht aber deshalb, weil der bloße Gefährdungsvorsatz neben dem Verletzungsvorsatz einen selbständigen deliktischen Unwert darstellt.

3. Der eventuelle Gefährdungsvorsatz.

Da es sich bei dem Verletzungs- und bei dem Gefährdungsvorsatz um keine verschiedenen Arten des Vorsatzes handelt, so erscheint auf den ersten Blick nichts natürlicher, als daß dem evtl. Verletzungsvorsatz auf der einen Seite, ein eventueller Gefährdungsvorsatz auf der anderen entspricht. Dieser würde darin bestehen, daß sich der Täter den Eintritt der Gefahr nicht als sicher, sondern nur als möglich vorstellt, sie aber für den Fall ihres Eintritts in Kauf nimmt. Wir müssen uns hierbei jedoch bewußt bleiben, daß die Bejahung der Adäquanz als Vorsatzinhalt die Vorstellung des „bloß möglichen" Erfolgseintritts beim dolus eventualis infolge der durch sie bedingten Ausscheidung nur entfernter Möglichkeiten und des Zufalls nicht genügen läßt, und daß diese Ausscheidung die Vorstellung des wahrscheinlichen Erfolgseintritts für den dolus eventualis zur Folge hat. Wenn wir daher im folgenden — beim dolus eventualis und bei der bewußten Fahrlässigkeit — von wahrscheinlicher Erfolgsvorstellung sprechen, wo die h. L. von „nur möglicher" spricht, so geschieht dies, um dadurch darzutun, daß wir die entfernt mögliche oder gar zufällige Tatbestandsverwirklichung für die Vorstellung des mit dolus eventualis bzw. bewußt fahrlässig handelnden Täters nicht genügen lassen. Wir sind uns hierbei jedoch darüber im Klaren, daß es auf den Grad der vorgestellten Wahrscheinlichkeit nicht ankommt. Wenn wir trotzdem von Wahrscheinlichkeit sprechen — was die Graduierbarkeit dieses Begriffes gestattet —, so zeigt dies, daß Wahrscheinlichkeit nichts anderes bedeutet als Möglichkeit unter dem Gesichtspunkt des Maßes gesehen[85]).

Stellt sich somit der Täter beim eventuellen Gefährdungsvorsatz den Eintritt einer Gefahr als wahrscheinlich vor, so heißt das — da ja Gefahr die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Verletzung bedeutet — der Täter stellt sich den wahrscheinlichen Eintritt der Verletzung als wahrscheinlich vor, er sagt sich also, wahrscheinlich sei eine Verletzung wahrscheinlich und handelt

[84]) Vgl. im einzelnen hierzu: Frank § 73, VII, 2 b; Köhler, Die Grenzlinien S. 79; Eckstein a.a.O. S. 410.

[85]) Henkel, S. 19.

somit in dem Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts, somit auf die Gefahr der Verletzungswahrscheinlichkeit, d.h. aber auf die Gefahr der Gefahr hin[86]). Läßt aber schon die Vorstellung des Täters von der Gefahr als einer sicheren den Eintritt der Verletzung als ungewiß erscheinen, so wird der Eintritt der Verletzung bei der Vorstellung von der Gefahr als einer nur wahrscheinlichen noch einmal als ungewiß bezeichnet, m.a.W. die Gewißheit des Eintritts der Verletzung wird zweimal verneint[87]). Diese doppelte Abschwächung der Gewißheit des Verletzungseintritts bewirkt aber in der Vorstellung des Täters die Annahme eines nur geringen Grades der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts. Reicht dieser Grad zur Bejahung der Gefahr aus, so liegt bei ihrer Aufnahme in den Willen unbedingter Gefährdungsvorsatz vor, tut er es nicht, so fehlt eine Gefährdung überhaupt; denn da beim Gefährdungsvorsatz nichts vorgestellt ist als die Gefährlichkeit der Handlung selbst — also bereits die Ungewißheit des Eintritts der Verletzung —, so kann sich der Täter seine Handlung entweder mit dem genügenden Maß von Gefährlichkeit behaftet denken, oder nicht: ein drittes gibt es nicht[88]). Indem der Gefährdungsvorsatz an die Vorstellung der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts anknüpft, verbietet sich innerhalb dieser Vorstellung eine weitere Unterscheidung zwischen den Vorstellungen der Gewißheit, der Wahrscheinlichkeit oder der Möglichkeit dieser Wahrscheinlichkeit[89]). „Die Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) kann dem Grade nach größer oder geringer sein, sie untersteht aber nicht noch einmal den modalen Formen"[89]).

Anders liegt der Fall beim eventuellen Verletzungsvorsatz[90]) insofern, als sich hier der Täter einen Erfolg als wahrscheinlich („möglich" nach h. L.) vorstellt, dessen Eintritt fast niemals mit absoluter Sicherheit erwartet werden kann, während beim Gefährdungsvorsatz bereits die Ungewißheit des Eintritts der Verletzung selbst vorgestellt ist, die verdoppelt durch die Vorstellung, sie sei nur wahrscheinlich, den Charakter einer „gefährlichen Vorstellung" nicht mehr trägt. Wenn sich hiernach der Täter seine Handlung nur entweder als „gefährlich" oder als „ungefährlich" vorstellen kann, so entfällt der Begriff der mit dolus eventualis herbeigeführten Gefahr.

An einem Beispiel sei gezeigt, wohin Begriffsverwirrungen wie die des eventuellen Gefährdungsvorsatzes und der sog. abstrakten Gefahr führen können: nehmen wir an, der Täter begeht ein abstraktes Gefährdungsdelikt mit eventuellem Gefährdungsvorsatz. Er handelt also in dem Bewußtsein der

---

[86]) Daß Miricka (S. 81) von der Möglichkeit der Möglichkeit spricht, wo wir von der Wahrscheinlichkeit der Wahrscheinlichkeit sprechen, beruht auf seiner von der unseren verschiedenen Gefahrdefinition u. auf der Tatsache, daß er die Vorstellung vom Eintritt der Verletzung als einer „nur möglichen" als ausreichend (i.S.d.h.L.) ansieht.

[87]) Appel, S. 24/25.

[88]) Appel, S. 25.

[89]) Engisch, S. 406: Wie sich der mit Verl.-Vorsatz Handelnde durch die Gewißheit der Verletzung unter allen Umständen in dem Sinne abhalten lassen soll, daß ihm nicht Verl.-Vorsatz zur Last fällt, so soll sich der mit Gefährd.-Vors. Handelnde durch die (nicht zu geringe) Möglichkeit der Verletzung (die wir Wahrscheinlichkeit nennen) abhalten lassen, wenn ihm nicht Gefährdungsvorsatz zur Last fallen soll.

[90]) Appel, S. 24/25.

Wahrscheinlichkeit einer abstrakten Gefahr. Da diese aber wiederum die Möglichkeit einer Gefahr, d.h. der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung bedeutet, so handelt er im Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit der Möglichkeit der Wahrscheinlichkeit der Verletzung, oder anders ausgedrückt: der Täter stellt sich vor, wahrscheinlich brächte seine Handlung die Möglichkeit einer Verletzungswahrscheinlichkeit mit sich. Daß es sich hierbei immer noch um eine Möglichkeit der Verletzung handelt, kann allerdings nicht bestritten werden.

4. Die fahrlässige Gefährdung.

Da bei der bewußt fahrlässigen Gefährdung das Vorstellungsmoment das gleiche ist, wie bei der bedingt vorsätzlichen, denn beide unterscheiden sich nach h. L. ja nur durch das Willensmoment, so gilt für sie das oben Gesagte entsprechend. Auch hier wird die Vorstellung des Täters, wahrscheinlich (nach h. L. „möglicherweise") enthalte seine Handlung die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung, diese auf einen derart niederen Grad herabdrücken, daß von einer Gefahr nicht mehr gesprochen werden kann. Ist dieser Wahrscheinlichkeitsgrad jedoch noch so groß, daß eine Gefahr zu bejahen ist, und handelte der Täter in der Hoffnung, sie werde nicht eintreten, so wird — aber nur unter dieser Voraussetzung — die begriffliche Möglichkeit bewußt fahrlässiger Gefährdung zu bejahen sein[91]). Wie also bei gleichem Vorstellungsmoment die Aufnahme des Erfolges in den Willen des Täters seine Handlung zur unbedingt vorsätzlichen Gefährdung werden läßt, so erscheint diese Handlung bei Ablehnung des Erfolgseintritts durch den Täter als bewußt fahrlässige Gefährdung, d. h. das Willensmoment, das nach h. L. sonst zur Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit dient, wird hier wegen der Sinnlosigkeit des Begriffes der als wahrscheinlich vorgestellten Gefahr zum Unterscheidungsmerkmal zwischen unbedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit.

Von unbewußt fahrlässiger Gefährdung wird die h. L. dort sprechen müssen, wo der Täter an die Herbeiführung einer Gefahr überhaupt nicht gedacht hat, obwohl er hätte daran denken können und sollen. Aus dem Vorwurf des Darandenkensollens aber ergibt sich, daß die Größe der Fahrlässigkeit abhängt von dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts: je größer der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Erfolg zu erwarten steht, um so größer auch die Fahrlässigkeit des Täters. Je geringer diese Wahrscheinlichkeit, um so mehr nähert sich die Fahrlässigkeit dem Nullpunkt, d.h. dem Punkt, wo von Fahrlässigkeit nicht mehr gesprochen werden kann[92]).

[91]) Appel, S. 25 bejaht in diesem Fall wegen der Nichtberücksichtigung des Willensmoments vorsätzliche Gefährdung: „Jede bewußte Gefährdung ist vorsätzliche Gefährdung". Ebenso Miricka, S. 82/83: „Bewußte Gefährdung und vorsätzliche Gefährdung sind identische Begriffe".

[92]) Zimmerl, Aufbau, S. 186 ff.

II. Teil:

Die Berücksichtigung des Gefahrbegriffs im geltenden Strafrecht.

Die folgende Untersuchung folgt im Aufbau dem zweiten Teil der zitierten Abhandlung Henkels. Und auch für sie gilt — wie für jene — daß sie keinen Anspruch auf auch nur annähernd erschöpfende Behandlung jeder Einzelfrage erhebt; denn eine solche würde, und dies gilt insbesondere für die Fragen des Allgemeinen Teils, die jede für sich genommen Gegenstand lebhaften Streites sind, über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Aufgabe dieser Untersuchung soll allein sein, einzelne Probleme unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Gefahr zu beleuchten.

A. Anwendung des Gefahrbegriffs im Allgemeinen Teil.

1. Die Adäquanz als Merkmal der objektiven Tatseite.

Die Bejahung der Adäquanz als Merkmal der objektiven Tatseite bedeutet zugleich eine Berücksichtigung des Gefahrbegriffs. Heißt doch Adäquanz nichts anderes als die im Augenblick der Vornahme der Handlung für vernünftiges Urteil bestehende Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Denn, wenn wir das Verhalten des Täters dann als „adäquat" bezeichnen, wenn es für sachgemäße Betrachtung genügend Eignung zur Herbeiführung dieses Erfolges besitzt[1]), so bedeutet das ein Ausscheiden der zufälligen und nur entfernt möglichen Tatbestandsverwirklichung aus der strafrechtlichen Betrachtung, m.a.W. das Erfordernis der Gefährlichkeit des Verhaltens des Täters[2]). Und wie wir das Gefahrurteil auf dem Wege der „nachträglichen Prognose" fanden, so kommen wir zum Adäquanzurteil, indem wir der Beurteilung zu Grunde legen, alle zur Zeit der Begehung der Handlung vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, sowie die dem Täter selbst außerdem noch bekannten unter Berücksichtigung des allgemeinen Erfahrungswissens im Zeitpunkt der Beurteilung[3]).

Der Streit darüber, wie dieses Erfordernis der Gefährlichkeit innerhalb der Verbrechensmerkmale systematisch einzugliedern sei, kann hier nur angedeutet werden. Die Adäquanztheorie verwies es in die Lehre vom Kausalzusammenhang. Indem sie als Ursache im Strafrecht nur die dem Erfolg adäquate Bedingung bezeichnete, schied sie die ungefährlichen Bedingungen — denn alle inadäquaten Bedingungen sind auch ungefährliche Bedingungen

---

[1]) Auf die einzelnen Streitfragen in der Adäquanzlehre selbst kann hier nicht näher eingegangen werden, da es sich um Herausstellung des gemeinsamen Grundgedankens handelt. Über den Unterschied der Adäquanz i.w.S. zur Adäquanz i.e.S. und die sich aus dieser Unterscheidung ergebenden Folgen vgl. Engisch S. 74 ff.

[2]) Engisch, S. 74, 75.

[3]) Träger, „Der Kausalbegriff", S. 159; vgl. hierzu im einzelnen Mezger, Lehrb. S. 118 ff.; Engisch, a.a.O. S. 81; Tarnowski, S. 62 ff.; Frank S. 12 ff.

— aus der strafrechtlichen Betrachtung aus[4]). Nach der Bedingungstheorie dagegen ist haftungsbegründende Ursache im Strafrecht jede Bedingung des konkreten Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß auch der konkrete Erfolg hinweggedacht werden müßte. Sie sieht das einzige Korrektiv in dem bei den erfolgsqualifizierten Delikten versagenden Schulderfordernis und schließt aus der kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen auf ihre juristische Wertgleichheit. Das aber wiederum hat die Verneinung eines Wertunterschiedes zwischen gefährlichen (adäquaten) und ungefährlichen (inadäquaten) Bedingungen für die strafrechtliche Bewertung zur Folge und bedeutet somit eine Nichtberücksichtigung des Gefahrbegriffes.

Diejenigen, die die Adäquanz in die Lehre von der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit weisen[5]), gehen davon aus, daß gerade logisch-konsequentes Denken einen Kausalbegriff im Sinne der Bedingungstheorie erfordere, daß aber aus der kausalen Gleichwertigkeit nicht auf die juristische Wertgleichheit der Bedingungen geschlossen werden dürfe, da dies eine Gleichsetzung von Kausalzusammenhang und Haftungszusammenhang bedeutet[6]). Der Adäquanztheorie machen sie hiermit den Vorwurf, den Kausalzusammenhang dort geleugnet zu haben, wo sie dessen rechtliche Erheblichkeit hätte in Frage stellen sollen[7]). Da sie aber glauben, den Gedanken der Adäquanz im Strafrecht nicht entbehren zu können, verweisen sie ihn in den „praktischen Teil des Systems", in die Tatbestände[8]) bzw. in die Rechtswidrigkeit[9]). Indem die Vertreter dieser Ansichten völlig inadäquaten (ungefährlichen) Kausalzusammenhängen somit die strafrechtliche Bedeutung (Relevanz) absprechen, stellen auch diese Lehren eine Berücksichtigung des Gefahrgedankens dar.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß die Berücksichtigung der Adäquanz als Merkmal der objektiven Tatseite zugleich eine Berücksichtigung des Gefahrgedankens bedeutet, da Adäquanz und Gefahr identische Begriffe sind.

2. Mittäterschaft und Beihilfe.

Wie die Bedingungstheorie zu einer Nichtberücksichtigung des Gefahrbegriffs führt, so tun dies die subjektiven Theorien (dolus- und Interessentheorie) in der Frage der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe. Das wird ohne weiteres ersichtlich, wenn man bedenkt, daß die Bedingungstheorie den Ausgangspunkt für die subjektiven Teilnahmetheorien bildet. Demzufolge lautet auch hier das Argument, daß die kausale Gleichwertig-

[4]) Zum selben Ergebnis führen: Birkmayers „Theorie der wirksamsten Bedingung"; Bindings „Übergewichtstheorie und die „Qualitätentheorie" Kohlers. Vgl. hierzu Frank S. 12.

[5]) Es sei gestattet, die Vertreter beider Ansichten zusammen zu behandeln, da dieser Unterschied für den hier in Frage stehenden Gesichtspunkt ohne Bedeutung ist. Im übrigen vgl. hierzu: Engisch, S. 13 u. S. 75; Mezger, Lehrb. S. 123.

[6]) Vgl. besonders Mezger, Lehrb. S. 112 ff. u. G.S. 95/330.

[7]) Mezger, Lehrb. S. 123.

[8]) Mezger, G.S. 95, S. 330 ff.; Beling, Methodik, 1922 S. 92 ff.; Proebsting, Z. 42, S. 740 ff. Daß diese Ansicht auch bei den extensiv gefaßten Delikten nicht zum Kreisschluß führt, zeigt Mezger, Lehrb. S. 124, Anm. 51.

[9]) M. L. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 1912, S. 42 ff.

keit der vom Täter und vom Gehilfen gesetzten objektiven Bedingungen es nicht zulasse, innerhalb dieser einen verschiedenen Wertmaßstab anzulegen. Indem diese Theorien so gezwungen sind, den einzigen Unterschied in der verschiedenen psychischen Einstellung des Handelnden — also auf subjektivem Gebiet — zu suchen (animus auctoris oder animus socii), sprechen sie der objektiven Gefährlichkeit der Handlung für diese Abgrenzung jegliche Bedeutung ab[10]).

Im Gegensatz zu diesen Theorien sehen die Vertreter der sog. objektiven Theorien den Unterschied zwischen Täter- und Gehilfenhandlung im Grade der Gefährlichkeit.

Die formell-objektiven Theorien gehen hierbei aus von dem „Ausführen" in § 47 StGb. und verweisen von hier aus auf die strafrechtlichen Tatbestände. Die auf den ersten Blick rein formal erscheinende Begriffsbestimmung der Ausführungshandlung als Tatbestandshandlung empfängt ihren Sinngehalt, wenn wir bedenken, daß die Vertreter dieser Ansicht[11]) die Adäquanz als Wesensmerkmal des Tatbestandsbegriffs bezeichnen. Da Adäquanz aber Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts bedeutet, so heißt das, daß dieser Ansicht nach nur die Handlung, die den Erfolg wahrscheinlich macht, m.a.W. die gefährliche Handlung, die Angriffshandlung, eine „Ausführungshandlung" darstellt. Indem diese Ansicht in dem Angriffscharakter der Ausführungshandlung das Kennzeichen für die Täterqualität des Handelnden erblickt, kommt sie zu dem Ergebnis: der Täter setzt eine Ausführungs- eine das Rechtsgut gefährdende Handlung, während die Handlung des Gehilfen eine selbständige Gefährdung des Rechtsguts noch nicht enthält.

In noch offensichtlicherem Maße tritt der Gedanke der Gefährdung bei den materiell-objektiven Theorien in Erscheinung. Indem sie die Bezugnahme auf den Tatbestand noch dadurch ergänzen, daß sie den Wert der jeweils in Frage stehenden Handlung noch in irgend eine Beziehung zum geschützten Rechtsgut setzen, kommen sie dazu, die Handlungen des unmittelbareren und stärkeren Angriffs dem Tätergebiet, die des mehr mittelbaren und schwächeren dem Teilnahmegebiet zuzuweisen[12]).

Wenn diese Theorien den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit der Handlung für deren Qualität als Täter- oder Teilnahmehandlung entscheidend sein lassen, so kann dies mit gleichem Recht auch von den sog. Kausaltheorien behauptet werden, die eine Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe auf Grund der Kausalitätslehre und der dort von ihnen gemachten Unterscheidung von Ursache und Bedingung vornehmen[13]). Denn die „physisch vermittelte Kausalität" (Ursache) als der das Rechtsgut unmittelbar bedrohende Angriff — das Kriterium der Täterqualität der Handlung nach dieser Auffassung — wird gegenüber der „psychisch vermittelten Kausalität" (Bedingung)

[10]) Vgl. hierzu Mezger, Lehrb. S. 441 ff.; Frank § 47 II.
[11]) So Beling, Grundzüge d. Strafrechts, 8/9. Aufl. S. 92 ff.
[12]) Vgl. Mezger, Lehrb. S. 441; M. E. Mayer, a.a.O. S. 403: „Der Täter greift das Rechtsgut an, der Gehilfe bereitet den Angriff vor oder sichert ihn".
[13]) Frank, vor § 47 II; Birkmayer, V.D.A.T. II, S. 23 ff.; vgl. hierzu Mezger, S. 441.

zugleich auch die stärkere und somit gefährlichere Einwirkung darstellen[14]).

Dasselbe gilt naturgemäß auch von denen, die die Adäquanztheorie als Kausaltheorie anerkennen und beim Zusammenwirken mehrerer, die Qualität einer Handlung als Täterhandlung dann annehmen, wenn diese für sich betrachtet in adäquatem Kausalzusammenhang zum Erfolg steht[15]).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in der Frage der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe die objektiven Theorien (einschließlich der Kausaltheorien), indem sie für diese Abgrenzung die Gefährlichkeit der Handlung entscheidend sein lassen, eine Berücksichtigung des Gefahrgedankens darstellen.

3. Gefahr und Versuch.

a) Versuch und Vorbereitung.

Wenn so die objektiven Teilnahmetheorien eine Berücksichtigung des Gefahrgedankens bedeuten, so gilt das gleiche von den objektiven Theorien in der Frage der Abgrenzung der straflosen Vorbereitungs- von der strafbaren Versuchshandlung[16]). Schon der gleiche Hinweis in § 47 und in § 43 StGb. auf die „Ausführung" deutet die Gleichheit der Problemlage an. Demgemäß können wir auch in der Frage, wann eine strafbare Versuchshandlung (Ausführungshandlung) vorliegt, innerhalb der objektiven Theorien zwischen einer mehr formellen und einer mehr materiellen Abgrenzung unterscheiden und finden eine den Kausaltheorien bei der Teilnahme entsprechende Ansicht, die die gesuchte Grenzlinie durch eine Einschränkung des Kausalitätsbegriffs gewinnen will. Das im einzelnen zu diesen Theorien bei der Teilnahme Gesagte gilt hier entsprechend und somit kann als Ergebnis festgestellt werden, daß die objektiven Theorien (einschließlich der Kausaltheorie) für die Frage, ob Vorbereitungs- oder Ausführungshandlung (Versuchshandlung) vorliegt, entscheidend sein lassen, ob die Handlung für sich betrachtet bereits eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut bedeutet.

b) Der untaugliche Versuch[17]).

Daß uns in der Frage nach der Tauglichkeit der Versuchshandlung eine objektive und eine subjektive Meinung entgegentritt, erscheint nicht weiter verwunderlich. Eigenartig berührt es jedoch, wenn das Problem, wann eine Versuchshandlung eine „taugliche", d.h. eine ihre Strafbarkeit begründende ist, von den verschiedenen „objektiven" Theorien verschieden — und zwar oft

---

[14]) Wer wie wir die Bedingungstheorie als Kausaltheorie anerkennt, wird den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe aus der Kausalitätslehre nicht herleiten können.

[15]) Vgl. hierzu Henkel, S. 33 ff.

[16]) Vgl. im einzelnen: Mezger, Lehrb. S. 382 ff.; Zimmerl, Aufbau S. 133 ff.; Frank S. 86; Henkel S. 34. — Von der Frage der Tauglichkeit der Handlung ist hier bewußt abgesehen. Sie wird im Folgenden zu behandeln sein.

[17]) Vgl. im einzelnen: Mezger, Lehrbuch S. 387 ff.; v. Hippel Z. 42, S. 527 ff. u. Z. 47, S. 55 ff.; Liszt-Schmidt, S. 299 ff.; Frank § 43, III und die an diesen Stellen Zitierten.

nicht unerheblich — beantwortet wird. Die Vielheit der Ansichten innerhalb derselben (objektiven) Gruppe mag in der Systemwidrigkeit des Versuchs begründet sein, die darauf beruht, daß er eine Mischung zwischen objektivem und subjektivem System darstellt[18]). Sie mag weiterhin in der unklaren Erfassung des objektiven Gefahrbegriffs ihren Grund haben, denn daß nach objektiver Auffassung nur eine solche Handlung tatbestandsmäßiges Unrecht sein kann, die wirkliche Ausführungshandlung ist, darin sind sie sich einig. Infolge der Tatsache aber, daß beim Versuch dem Täter ein über das objektiv Bewirkte hinausgehender böser Wille angelastet wird, glauben sie dem bisher als richtig erkannten Gefahrbegriff in dieser Form für das Problem der Tauglichkeit des Versuchs nicht verwenden zu können.

Die Tatsache, daß beim Versuch das Subjektive über das Objektive hinausgeht, zeigt, daß der Begriff des Versuchs nur vom subjektiven Standpunkt des Handelnden aus gewonnen werden kann, und insofern kann er bestimmt werden als „die Handlung, die (subjektiv vom Handelnden gedacht) der Verwirklichung eines Handlungsentschlusses dienen soll"[19]). Dieses Hinausgehen des Subjektiven über das Objektive verbietet aber zugleich, den Versuch als eine Art Gefährdungsdelikt zu bezeichnen. Denn bei diesem deckt sich das Objektive mit dem Subjektiven oder m.a.W. für dieses genügt Gefährdungsvorsatz, jener erfordert Verletzungsvorsatz.

Dieser grundlegende Unterschied zwischen Versuch und Gefährdungsdelikt verbietet jedoch nicht, den objektiven Tatbestand des Versuchs mit Rücksicht auf den Gefährdungsgedanken zu betrachten, dies jedenfalls dann, wenn man zwischen Begriff und Bewertung des Versuchs unterscheidet, und für diese objektive Merkmale bestimmend sein läßt.

Eine derartige Unterscheidung von Begriff und Bewertung des Versuchs zu ziehen, unterläßt die subjektive Theorie. Wie in allen bisher erörterten Fragen geht sie auch hier von dem Argument der Gleichwertigkeit der Kausalglieder aus, schließt aus der Tatsache, daß eins von ihnen versagt habe, auf die Bedeutungslosigkeit der übrigen und kommt zu dem Schluß, daß im Versuch der verbrecherische Wille die Erscheinung sei, gegen die sich das Strafgesetz richte, was sie noch durch den bekannten Umkehrschluß aus § 59 StGB. zu begründen sucht[20]).

Der Vorwurf, den die Objektivisten der subjektiven Theorie machen, ist demnach der gleiche, wie in den vorhergehenden Fällen, nämlich: Unzulässige Gleichsetzung des kausalen Wertes mit dem juristischen Wert der einzelnen Handlung. Gerade die wertfreie Kausalbetrachtung, so meint man, erfordert die Anlegung eines verschiedenen Wertmaßstabes, je nachdem eine Handlung zur Herbeiführung des angestrebten Erfolges generell „geeignet" oder generell „ungeeignet" sei. Indem die subjektive Theorie die Möglichkeit einer verschiedenen Bewertung der einzelnen Versuchshandlungen leugnet, spricht sie der Gefährlichkeit der Handlung für die Frage der Tauglichkeit des Versuchs jegliche Bedeutung ab[21]).

[18]) s. hierzu Zimmerl, Aufbau, S. 128 ff.

[19]) Mezger, Lehrb. S. 395.

[20]) Vgl. hierzu RG. 1, 439; Mezger, Lehrb. S. 388 ff.; über die Folgen der subj. Theorie Zimmerl, Aufbau S. 129; derselbe in G.S. 1929: über „Die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs".

[21]) Daß die subjektive Theorie dem geltenden Recht nicht entspricht,

Es wäre jedoch abwegig, anzunehmen, daß die objektiven Theorien diese Frage an Hand des von ihnen propagierten Gefahrbegriffs zu lösen versucht hätten. Die Vorstellung größtmöglichster Ausschaltung ungefährlicher Versuchshandlung aus der strafrechtlichen Betrachtung mag ihnen wohl vorgeschwebt haben, konsequent durchgeführt wurde sie jedoch nicht. Das zeigen am deutlichsten die sog. älteren objektiven Theorien, die objektive Gefährlichkeit der Versuchshandlung zwar verlangen, infolge der von ihnen gemachten Unterscheidung von absolut und relativ untauglichem Versuch jedoch notwendig auch zur Bestrafung objektiv ungefährlicher Versuchshandlungen kommen. Denn indem diese Auffassung den relativ untauglichen Versuch für strafbar erklärt und diesen in den Fällen für gegeben erachtet, in denen nur die besondere Lage des Einzelfalles den Erfolg verhindert hat, verzichtet sie auf die Gefährlichkeit der Handlung im Einzelfall, d.h. sie stellt es nicht auf die „Gefahr in concreto" ab, die allein als Gefahr angesehen werden kann. So würde z.B.[22]) ein Tötungsversuch mit einer derart geringen Dosis Gift, die dem objektiven Beschauer als zweifellos ungenügend und damit ungefährlich erkennbar ist, relativ untauglicher und damit strafbarer Versuch sein[23]), während die Berücksichtigung des objektiven (konkreten) Gefahrbegriffs hier zur Straflosigkeit führen müßte, da eine (konkrete) Gefahr nicht vorliegt.

Zum gleichen Ergebnis führt naturgemäß die Anschauung, die zur Strafbarkeit des Versuchs eine nur „abstrakte" Gefahr begründende Handlung genügen läßt[24]). Beide Anschauungen bedeuten zwar eine nicht unwesentliche Einschränkung der subjektiven Theorie. Da sie jedoch in der Frage der Tauglichkeit des Versuchs nicht allein die konkrete Gefährlichkeit der Handlung entscheidend sein lassen, sind sie gezwungen, auch ungefährliche Handlungen — denn die in concreto ungefährliche Handlung kann bei Ablehnung des abstrakten Gefahrbegriffs nicht als „gefährlich" bezeichnet werden — als taugliche und somit strafbare Versuchshandlungen anzusehen. Eine folgerichtige Durchführung des Gefahrgedankens lassen diese Anschauungen somit vermissen.

Auch wer dem Begriff des Versuchs den sog. „Mangel am Tatbestand" (als strafrechtliches Nichts) entgegensetzt und von einem solchen Mangel am Tatbestand da spricht, wo außer dem Tatbestandsendstück ein Tatbestandserfordernis fehlt, welches zur Handlung des Täters nicht in kausaler Beziehung stehen würde[25]), sieht nicht in der Gefährlichkeit der Handlung das

.....

sucht Henkel (S. 38/39) nachzuweisen. Zur sog. Inkonsequenz der subjektiven Theorie im Falle des „Mangels im handelnden Subj." und im Falle des „abergläubischen" Versuchs vgl. Mezger, Lehrb. S. 389—390.

[22]) Dieses und weitere Beispiele bei v. Hippel Z. 42, 529.

[23]) Dies jedenfalls nach der allgemeinen Definition des relativ untauglichen Versuchs. Wir sind uns jedoch darüber im Klaren, daß die Entscheidung, ob absolut oder relativ untauglicher Versuch vorliegt, letzten Endes von der Fragestellung abhängt. (Je mehr Momente in diese hineinbezogen werden, umsomehr wird der Versuch zum absolut untauglichen werden). Gerade diese Abhängigkeit von der Fragestellung ist es ja, die diese Theorie unbrauchbar macht.

[24]) So Busch S. 29 ff.; v. Rohland, S. 96 ff.; v. Kries, Objektive Möglichkeit, S. 299 ff.

[25]) Auf die einzelnen Verschiedenheiten innerhalb dieser Lehre einzugehen, erübrigt sich, da es sich hier um den allgemeinen Grundgedanken

Wesensmerkmal des Versuchs. Denn, wer den Grund für die Strafbarkeit der Versuchshandlung in ihrer objektiven Gefährlichkeit zu erkennen glaubt, der gelangt zu diesem Gefahrurteil auf dem Wege der nachträglichen Prognose[26]), anders dagegen wer im Mangel am Tatbestand das maßgebliche Merkmal der Straflosigkeit sieht. Der Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren, der Mordversuch an einem Leichnam wird nach der Lehre vom Mangel am Tatbestand immer ein strafrechtliches Nichts (nicht nur straf loser Versuch) sein, fehlt doch neben dem Tatbestandsendstück noch das Tatbestandserfordernis des § 218 „schwangere Frau" bzw. des § 211 „Mensch". Wer die objektive Gefährlichkeit der Handlung dagegen maßgeblich sein läßt, wird in diesen Fällen strafbaren Versuch annehmen müssen, wenn es ex ante (nachträgliche Prognose) zweifelhaft war, ob die Frau schwanger, ob der menschliche Körper schon Leichnam war, wenn er sich nicht dem Vorwurf einer Beurteilung ex post aussetzen will[27]).

Eine Trennung des tauglichen vom untauglichen und somit des strafbaren vom straflosen Versuch durchgeführt auf Grund eines objektiven Gefahrbegriffs finden wir somit allein in der sog. „Gefährlichkeitstheorie", wie sie durch von Liszt begründet und ausgebaut wurde[28]). Daß diese Theorie eine Annäherung an die subjektive Theorie v. Buris bedeutet, kann nicht verkannt werden. Ihr grundlegender Unterschied gegenüber dieser Ansicht besteht jedoch darin, daß sie von einem objektiven Ausgangspunkt ausgeht, indem sie dem Gefahrurteil auf dem Wege der nachträglichen Prognose alle dem einsichtigsten Menschen erkennbaren und die dem Täter außerdem noch bekannten Umstände zugrunde legt[29]), während jene, indem sie vom Willensentschluß des Täters ausgeht, eine rein subjektive Begründung erfährt. Die Feststellung Appels[30]), die objektiven Theorien, die zum Unterschied von der subjektiven Theorie für jeden Versuch die Gefahr einer Verletzung verlangten, unterschieden sich im Ergebnis nicht wesentlich von dieser, bleibt somit völlig an der Oberfläche. Denn einmal ist es, wie gezeigt wurde, nur die sog. Gefährlichkeitstheorie, die den Gefahrgedanken konsequent durchführt, und ferner geht Appel von einer subjektiven Gefahrbegründung aus (trotz der Einschränkung am Schluß). Läge diese aber den „objektiven Theorien" zugrunde, so würden sie im Ergebnis nicht nur „im wesentlichen", sondern völlig mit der subjektiven Theorie übereinstimmen.

handelt, auf den die gezogenen Schlüsse zutreffen. Vgl. im einzelnen Mezger, Lehrb. S. 392 ff. und die dort zit. Lit.

[26]) Vgl. oben S. 7.

[27]) Vgl. hierzu Henkel, S. 42 u. Frank § 41 II, 2, dessen Vorwurf gegen v. Liszt auf dieser typischen ex post-Beurteilung beruht.

[28]) Vgl. v. Liszt in den von ihm selbst besorgten Auflagen seines Lehrbuchs. In der von Schmidt besorgten 25. Auflage werden aus dem strafbaren Versuch die Fälle des Mangels am Tatbestand ausgeschieden. Indem hier vor der Frage nach der Gefährdung des Objekts zunächst die Frage nach dessen Existenz aufgeworfen wird, greift eine Beurteilung ex post Platz. Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrb. 25. Aufl. S. 303, Anm. 5.

[29]) Vertreter einer solchen Gefährlichkeitstheorie außer v. Liszt: v. Hippel Z. 42, S. 526 ff. und Z. 47 S. 55 ff.: „Strafbar sollte nur der in concreto gefährliche Versuch sein"; Sauer, Grundlagen des Strafrechts 1921, S. 466 ff.; Rosenberg Z. 20 S. 691 ff.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 76, zitiert nach Henkel S. 41.

[30]) a.a.O. S. 34.

c) Das Problem des „agent provocateur".

Die Behandlung des Problems des agent provocateur an dieser Stelle erscheint gerechtfertigt, wenn man bedenkt, daß dieser nur an einer Versuchshandlung teilnehmen will, den Erfolg dieser Handlung jedoch rechtzeitig zu verhindern beabsichtigt[31]). Wenn Henkel (S. 34) die Straflosigkeit des agent provocateur im Falle des Gelingens der Erfolgsverhinderung damit begründen zu können glaubt, daß in seiner Handlung die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung nicht enthalten sei, da er es nicht zum Eintritt der Verletzung kommen lassen, sondern dieselbe rechtzeitig verhindert wolle — anderseits aber es „natürlich" findet, daß man den agent provocateur, falls es ihm nicht gelingt, den Erfolg rechtzeitig zu verhindern, demjenigen gleichstellt, der den Erfolg der Haupttat will, so kann dem nicht zugestimmt werden. Denn diese Ansicht läßt den Eintritt des Erfolges darüber entscheiden, ob in irgend einem Zeitpunkt eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut bestanden hat. Daß aber eine derartige Beurteilung ex post diese Frage nicht entscheiden kann, ist bereits früher betont worden. Richtig vielmehr ist, daß der Unrechtsgehalt der Handlung des agent provocateur — denn Unrecht ist seine Handlung — um so geringer sein wird, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, daß er den Erlolg der Haupttat werde verhindern können, daß dieser Unrechtsgehalt aber nie ganz auf Null sinken wird, da man nie mit Sicherheit sagen kann, daß ein Mensch imstande sein wird, die Tätigkeit eines anderen Menschen rechtzeitig zu unterbrechen[32]). De lege lata bleibt dieses Problem unlösbar: Gelingt dem agent provocateur die Verhinderung des Erfolgseintritts nicht, und macht man ihn für diesen gleich dem verantwortlich, der den Erfolg will, so stellt man ihn, der nur die Handlung will, dem gleich, der die Handlung und den Erfolg will[33]). Das heißt aber zugleich, daß man den mit bloßem Gefährdungsvorsatz handelnden agent provocateur gleich dem mit Verletzungsvorsatz handelnden Teilnehmer behandelt, obwohl bei ihm das Plus, das der Verletzungsvorsatz gegenüber dem reinen Gefährdungsvorsatz darstellt, fehlt. Vermeidet man dieses Ergebnis, indem man den agent provocateur im Falle des Nichtgelingens der Verhinderung des Erfolges als fahrlässigen Täter haften läßt[34]), so scheint diese Ansicht zum richtigen Ergebnis zu führen, zumal wenn man bedenkt, daß Verletzungsfahrlässigkeit und reiner Gefährdungsvorsatz Namen für identische Begriffe sind. Da jedoch die Bestrafung wegen Verletzungsfahrlässigkeit den Eintritt der Verletzung voraussetzt, so zeigt es sich, daß für den Fall, daß es dem agent provocateur gelingt, den Erfolg zu verhindern, das Problem bestehen bleibt[35]); denn Unrecht bleibt seine Handlung, da sie ihrem Unrechtsgehalt aus der — wenn auch erfolglosen, so doch tatbestandsmäßiges Unrecht darstellenden — Ausführungshandlung des Haupttäters bezieht, als fahrlässiger Täter bestraft werden

[31]) Zum Unterschied vom bisherigen handelt es sich hier jedoch um die Nichtberücksichtigung des Gefährdungsvorsatzes.

[32]) Zimmerl, Aufbau, S. 137.

[33]) Ders. 132 ff., wo der Nachweis geführt wird, daß es eine Inkonsequenz der h. L. bedeutet, wenn sie zum Vorsatz des Teilnehmers den Wunsch rechnet, daß es zum Erfolg kommen möchte.

[34]) So Mezger, Lehrb. S. 436; Frank, § 48 III. und die dort zit. Lit.

[35]) Ebenso wie dort, wo fahrlässige Begehung nicht strafbar ist.

kann der agent provocateur in diesem Falle jedoch nicht, da es am Eintritt der Verletzung fehlt. Die Bestrafung des agent provocateur als fahrlässiger Täter stellt somit nur für den Fall, daß ihm die Verhinderung des Erfolges nicht gelingt, eine billige Lösung dar. Im übrigen beläßt sie es bei dem Problem, das unlösbar bleibt, weil de lege lata die Tatsache, daß der agent provocateur in jedem Fall durch seine Handlung eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut herbeiführt, unberücksichtigt bleibt.

B. Die Berücksichtigung des Gefahrbegriffs im Besonderen Teil.

1. Die Rechtswidrigkeit der Gefährdungshandlung.

Bevor auf die uns heute geläufig erscheinende Zweiteilung der Delikte in Gefährdungs- und Verletzungsdelikte eingegangen werden kann, soll noch die Frage angedeutet werden, ob jede Gefährdung eines Rechtsgutes, dessen Verletzung verboten ist, eine rechtswidrige Handlung darstellt, oder ob die Rechtswidrigkeit der Gefährdungshandlung bedingt ist durch das Bestehen eines besonderen Gefährdungsverbotes. Es handelt sich m.a.W. um die Frage, ob mit der Verletzung eines Rechtsgutes seine Gefährdung ohne weiteres mitverboten ist[36]). — Diese Frage wird zu bejahen sein. Nicht allein die Erwägung, daß doch die ganze Verletzungshandlung von Anfang bis Ende verboten und die Gefährdungshandlung ihr Teil und ihr notwendiger Durchgangspunkt ist[37]), zwingt uns zur Bejahung dieser Frage. Hinzu kommt folgendes: „Verbietet uns das Verletzungsverbot, eine Handlung zu setzen, die einen strafbaren Erfolg als Abschluß hat, so verbietet es streng genommen, nur eine gefährdende, freilich voraussichtlich aber keineswegs bestimmt vom Erfolg begleitete Handlung, oder, was dasselbe ist, das Gesetz verbietet überhaupt nicht, daß etwas geschehe, sondern, daß der Mensch etwas tue"[38]). Ein Verbot unter der Bedingung, daß dieses oder jenes sich später ereigne, wäre sinnlos[39]). Wenn ganz dieselbe Handlung beim Hinzutreten des auf den Erfolg gerichteten Willens als Versuch bestraft werden kann, so zeigt dies, daß die gefährdende Handlung für sich allein schon normwidrig ist[40]). Entgegen der Ansicht, daß die Gefährdung im Falle des unmöglichen Nachweises ihres besonderen Verbotes aus dem geltenden Recht nicht rechtswidrig sei[41]), scheint somit die Annahme, daß Gefährdungen eines Rechtsgutes, dessen Verletzung verboten ist, rechtswidrige Handlungen sind, gerechtfertigt[42]). Aus der Bejahung der Rechtswidrigkeit solcher rechtsgutgefährdender Handlun-

[36]) Vgl. zu dieser Frage Bindung N. IV, S. 398 ff. Die schwierige und interessante Frage kann hier nur andeutungsweise behandelt werden. Vgl. im einzelnen die hierzu angeführte Literatur.

[37]) Auch Binding a.a.O. kann trotz gegenteiliger Auffassung diesem Argument seine Berechtigung nicht absprechen.

[38]) Rotering G.A. 31, S. 270.

[39]) Thon, a.a.O. S. 78, Anm. 20; vgl. Rotering a.a.O. S. 270. Der Eintritt des Erfolges wird immer mehr oder weniger vom Zufall abhängen, der doch nicht darüber entscheiden kann, ob eine Handlung rechtswidrig ist oder nicht.

[40]) Thon, a.a.O. S. 79.

[41]) Binding a.a.O. S. 399.

[42]) Ebenso Rotering a.a.O.; Thon a.a.O.; Klee, dol. indir. S. 24 ff.; Höpfner, Einheit und Mehrheit, Berlin 1901 I, S. 139 ff.

gen folgt jedoch nicht ihre Strafbarkeit nach geltendem Gesetz[43]). Gegen einen solchen Schluß spricht einmal die Existenz der Gefährdungsverbote im geltenden Gesetz; diese erübrigen sich sonst. Aber wenn man gegen dieses Argument einwenden würde, daß in diesen Fällen die Gefährdungshandlung z.B. nur wegen der Wahl des Mittels mit besonderer Strafe bedroht worden sei, so spricht gegen einen solchen Schluß auf die Strafbarkeit der Gefährdungshandlung doch die Tatsache, daß der Versuch, der ebenso wie die Gefährdung eine Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze bedeutet, in gewissen Fällen für strafbar erklärt worden ist. Denn, da der Versuch im Regelfall eine Gefährdung enthält, so würden die Versuchsbestimmungen, falls mit der Verletzung auch die Gefährdung für strafbar erklärt sein sollte, nur für die Fälle des gefahrlosen Versuchs Bedeutung haben, was noch niemand behauptet hat. Zudem aber zeigt das Gesetz, indem es nicht jeden Versuch für strafbar erklärte, daß es nicht jede Gefährdung eines Rechtsguts, dessen Verletzung es verbot, geahndet wissen wollte. Wir können insofern von einem Verzicht des Gesetzgebers auf die Bestrafung rechtswidrigen Verhaltens sprechen.

2. Die Gefährdungsdelikte[44]).

Die Tatsache, daß die Gesetzgebung dem praktischen Bedürfnis entsprechend Deliktstatbestände geschaffen hat, die wir heute als Gefährdungsdelikte bezeichnen, daß aber die wissenschaftliche Erkenntnis ihres Wesens der Gesetzgebung erst nachgefolgt ist, hat zur Folge, daß die gesetzgeberische Behandlung der Gefährdungstatbestände keine einheitliche ist[45]).

In dem Bemühen, die vom praktischen Bedürfnis diktierte Vielheit von Vorschriften nach irgendwelchen Gesichtspunkten systematisch zu ordnen, unterscheidet die h. L. zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten, welch letzteren von einem Teil des Schrifttums noch die sog. uneigentlichen Gefährdungsdelikte gegenübergestellt werden.

Schon bei der Behandlung des „abstrakten" Gefahrbegriffs berührten wir diese Unterscheidung. Wir können uns daher im folgenden auf das unbedingt Notwendige beschränken. Wenn in beiden Fällen die Gesetzgebung in den Verhältnissen des tatsächlichen Lebens wurzelt, aus denen der Gesetzgeber seine Erfahrung schöpft[46]), so unterscheidet sich das Konkrete von dem abstrakten Gefährdungsdelikt dadurch, daß bei ihm neben die Erfahrung des Gesetzgebers noch die Feststellung und Prüfung des Vorliegens einer Gefahr im Einzelfall durch den Richter tritt[47]). Denn, wo das Gesetz zur Verwirklichung des Deliktes ausdrücklich die Herbeiführung einer Gefahr

[43]) Diesen Gesichtspunkt scheint Binding nicht genügend beachtet zu haben. Vgl. diesen S. 400, wo er Gründe, die gegen die Strafbarkeit der Gefährdungshandlung sprechen, zur Begründung der Verneinung der Rechtswidrigkeit heranzieht.

[44]) Vgl. hierzu im einzelnen Henkel S. 44 ff.

[45]) Henkel S. 45/46.

[46]) Finger, Gefahr S. 42.

[47]) Auf eine Aufzählung der einzelnen zu dieser Gruppe gehörenden Delikte soll hier verzichtet werden. Vgl. hierzu Henkel S. 52 ff.; auch auf den in diesem Zusammenhang auftretenden — strittigen — Begriff der Gemeingefahr einzugehen, besteht kein Anlaß, da er den Gefahrbegriff als solchen nicht berührt. Vgl. hierzu Miricka S. 195 ff. und Henkel S. 51 ff.

fordert, wo die Gefahr somit zum Tatbestandsmerkmal erhoben ist, bedarf es in jedem Einzelfall des Nachweises durch den Richter, daß die in Frage stehende Handlung eine Gefahr hervorgerufen hat. Dieser Prüfung und dieses Nachweises durch den Richter bedarf es bei den abstrakten Gefährdungsdelikten nicht. Wir sahen, daß hier Tatbestände unter Strafe gestellt werden, weil sie einer Gruppe angehören, die den Charakter der Gefahr deshalb trägt, weil sie generell und ohne Rücksicht auf Einzelumstände die Gefahr als gegeben erscheinen läßt, und wir sahen weiter, daß es gar nicht darauf ankommt, ob im Einzelfall tatsächlich eine Gefahr herbeigeführt wurde, ja überhaupt herbeigeführt werden konnte, daß allein die Zugehörigkeit der in Frage stehenden Handlung zu dieser „regelmäßig gefährlichen" Gruppe von Handlungen ihr den Stempel der abstrakt gefährlichen Handlung aufdrückt. Wie wir die abstrakte Gefahr als Art der Gefahr ablehnten, so können wir auch das sog. abstrakte Gefährdungsdelikt nicht als Gefährdungsdelikt anerkennen. Denn zum Gefährdungsdelikt gehört die Gefahr als Tatbestandsmerkmal. Wo aber, wie bei dieser Gruppe, die Gefahr nicht Tatbestandsmerkmal, sondern nur „Motiv der Pönalisierung" ist[48]), wo die Handlung gleicher Weise dem Tatbestand unterfällt, mag sie gefährlich oder ungefährlich sein, da kann von einem Gefährdungsdelikt nicht gesprochen werden. Zur Rechtfertigung der Existenz dieser Gruppe von Delikten sei angeführt, daß sie gerade von solchen Delikten ausgefüllt wird, die massenweise im täglichen Leben vorkommen und die wegen ihrer Häufigkeit eine individuelle Beurteilung des Einzelfalles, die gewiß oft Schwierigkeiten mit sich bringen wird, nicht verdienen[49]), und daß nur auf dem Wege dieser Abstraktion eine wirksame Bekämpfung dieser Massendelikte gewährleistet sei. Diese vorwiegend praktischen Erwägungen sollen nicht verkannt werden. Es darf aber auch anderseits die Unbilligkeit nicht übersehen werden, die in der Gleichbehandlung von Gefährlichem und Ungefährlichem enthalten ist[50]). Als Gefährdungsdelikte kann diese Gruppe der sog. abstrakten Gefährdungsdelikte jedenfalls nicht angesprochen werden[51]).

Das gleiche gilt naturgemäß von den „uneigentlichen Gefährdungsdelikten", die Henkel (S. 71 ff.) als dritte Gruppe von Gefährdungshandlungen anerkennt (Musterbeispiel: Brandstiftung § 306 StGB.). Auch bei ihnen fehlt die Gefahr als Tatbestandsmerkmal und stellt lediglich gesetzgeberisches Motiv dar. Den Unterschied gegenüber den abstrakten Gefährdungsdelikten glaubt Henkel darin zu finden, daß hier die Gefahr nur deshalb nicht als Tatbestandsmerkmal erscheint, weil der Gesetzgeber bei der Vornahme der Handlung in der von ihm beschriebenen Weise die Gefahr nicht nur regelmäßig, sondern in jedem einzelnen Fall für gegeben ansah. Die Gefährlichkeit des einzelnen Falles, die im konkreten Fall immer als gegeben angesehen wird, nicht die des massenhaften Auftretens ist nach ihm Anlaß der Strafdrohung, und insofern ist die Gefahr zwar auch „Motiv der Pönalisie-

[48]) Henkel, S. 61.
[49]) Henkel, S. 61.
[50]) Vgl. hierzu Appel, S. 28.
[51]) Über die Auffassung, die in den sog. abstrakten Gefährdungsdelikten Delikte „einfachen Ungehorsams" erblickt (Binding N. I, S. 408). Vgl. Henkel S. 62.

rung", aber darüber hinaus fingiertes Tatbestandsmerkmal. Der Vorwurf der Gleichbehandlung von Gefährlichem und Ungefährlichem bleibt auch hier der gleiche, und auch die Gefahr als „fingiertes Tatbestandsmerkmal" vermag diese Gruppe von Delikten nicht zu Gefährdungsdelikten zu machen[52]).

[52]) Einen Anhaltspunkt für die feine, aber in der Praxis wohl schwer durchzuführende Unterscheidung zwischen abstrakten und uneigentlichen Gefährdungsdelikten sieht Henkel in der Schwere der Strafdrohung. Im einzelnen rechnet er zu dieser Gruppe außer der Brandstiftung die Delikte der §§ 322, 329, 284, 227, 125. — Der theoretische Wert dieser Unterscheidung ist, wie Henkel selbst betont, gering, der praktische gleich null.

III. Teil:

A. Daß mit der steigenden wissenschaftlichen Erkenntnis des Gefahrbegriffs die Forderung, dem Gefährdungsgedanken eine mehr zentrale Stellung im Strafrechtssystem einzuräumen, immer lauter wurde, nimmt nicht wunder. Es begann damit, daß man den bisherigen Gefährdungsschutz durch sog. „Tatbestände mit geschlossenen Mitteln" für nicht ausreichend erklärte, und verlangte, daß analog den allgemeinen Verletzungstatbeständen auch die Gefährdung wenigstens der wichtigsten Rechtsgüter wie Leib und Leben ohne Rücksicht auf das angewendete Mittel unter Strafe gestellt würde[1]) — und gipfelte in der Forderung der Denkschrift des preußischen Justizministers von 1933 „Nationalsozialistisches Strafrecht"[2]), die Tatbestände der einzelnen strafbaren Handlungen, soweit möglich als Gefährdungstatbestände zu fassen. Die Tatsache, daß die Denkschrift in diesem Zusammenhang von einem Ersatz des bisherigen Verletzungsstrafrechts durch ein Gefährdungsstrafrecht spricht, und daß die gegen diesen Vorschlag gerichteten Angriffe zum Teil nur das von ihr propagierte sog. Gefährdungsstrafrecht betreffen[3]), zwingt zu einer Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag. Denn sollte sich zeigen, daß das in der Denkschrift vorgeschlagene Gefährdungsstrafrecht in Wirklichkeit kein Gefährdungsstrafrecht ist, so werden damit die Angriffe, soweit sie sich gegen den Vorschlag der Denkschrift richten, gegenstandslos, ein Eingehen auf sie erübrigt sich somit, und es können dann die Möglichkeiten des systematischen Aufbaus eines Gefährdungsstrafrechts aufgezeigt werden. Und das in der Denkschrift vorgeschlagene sogenannte Gefährdungsstrafrecht ist kein Gefährdungsstrafrecht.

1) Es wäre allerdings voreilig, aus der Gleichsetzung der Begriffe „Gefährdungs"- und „Willensstrafrecht" in der Denkschrift[4]) diesen Schluß zu ziehen; denn Gefährdungs- und Willensstrafrecht schlechthin können weder in Gegensatz zueinander noch als gleichbedeutend nebeneinander gesetzt werden. Man hat behauptet, — und die Gleichsetzung in der Denkschrift mag der Anlaß hierzu gewesen sein — beide Begriffe seien nichts Verschiedenartiges, sondern ein und dasselbe unter verschiedenen Gesichtswinkeln betrachtet, und suchte den Beweis hierfür dadurch zu erbringen, daß man ihre Gegensätze aufzeigte — Gefährdungsstrafrecht — Verletzungsstrafrecht und Willensstrafrecht — Erfolgsstrafrecht — und einen Unterschied zwischen diesen leugnete[5]); und insofern sprach man von einem — weil von unrichtiger Perspektive ausgehenden — unrichtigen Dualismus beider Begriffe[6]). Man hat weiter behauptet, beide Begriffe seien „nicht ganz"

[1]) Auf diese viel umstrittene Frage der Schaffung eines allgemeinen Gefährdungstatbestandes soll hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. die zit. Dissertationen von Appel, Scheffer und Sörgel und die dort genannte Literatur.
[2]) S. 123 ff. Im folgenden zit. „Denkschrift".
[3]) Vgl. statt vieler Oetker, a.a.O. S. 46 ff.
[4]) S. 112.
[5]) Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 113 ff.
[6]) Ebert, Dtsch. Justiz 1934, S. 480.

dasselbe[7]) und leugnete so ihre Identität. Und man sprach schließlich von Gefährdungs- und Willensstrafrecht als von zwei verschiedenen, ja gegensätzlichen Prinzipien, die jedoch eine „innere Harmonie" aufwiesen, welche sich aus der Beziehung von Wille und Gefährlichkeit ergäbe[8]).

Auf eine eingehende Kritik dieser Ansichten kann verzichtet werden. Sie alle übersehen eins: daß ein Gefährdungsstrafrecht ebensowenig wie ein Verletzungsstrafrecht schlechthin in Gegensatz, ja überhaupt in Vergleich zu einem Willensstrafrecht gesetzt werden kann. Beide, Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht, können „Willensstrafrecht" sein, denn Willensstrafrecht bedeutet nichts anderes als den Ausdruck eines subjektiven Systems, das nicht die Tat zum Ausgangspunkt nimmt, sondern den verbrecherischen Willen, und die Tat — da ja der Wille irgendwie zutage getreten sein muß, soll er eine Beurteilung erfahren — nur als Symptom dieses verbrecherischen Willens wertet. Ein subjektives Gefährdungsstrafrecht und somit Willensstrafrecht würde folglich für die staatliche Reaktion genügen lassen, daß der Täter eine Handlung vorgenommen hat, von der er glaubte, sie würde eine Gefährdung des geschützten Rechtsguts zur Folge haben, ein subjektives Verletzungsstrafrecht (und somit ebenfalls „Willensstrafrecht"), wenn der Täter eine Handlung gesetzt hat, von der er annahm, sie würde zu einer Verletzung führen. Zeigt sich somit, daß Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht sehr wohl nach einem subjektiven System aufgebaut sein können, so verbietet sich notwendig die Annahme eines Gegensatzes zwischen Gefährdungs- bzw. Verletzungsstrafrecht schlechthin und Willensstrafrecht, und nur die Tatsache, daß man geneigt ist, an einem objektiv orietierten Gefährdungs- bzw. Verletzungsstrafrecht zu denken, wenn man von Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht spricht, mag zu dieser Ansicht geführt haben. Es verbietet sich aber ebenso eine Gleichsetzung der Begriffe Gefährdungs- und Willensstrafrecht schlechthin, da ein objektiv orientiertes Gefährdungsstrafrecht einer solchen Gleichsetzung widerspricht und auch auf dem Umweg über eine „innere Harmonie" nicht in eine Beziehung zum Willensstrafrecht gebracht werden kann. Alle diese Ansichten, die die Begriffe Gefährdungs- und Willensstrafrecht gleich- oder in Gegensatz zu setzen versuchen, übersehen somit, daß die Frage „Gefährdungs- und Willensstrafrecht ein Gegensatz oder ein und dasselbe?" sich in dieser Allgemeinheit gar nicht beantworten läßt, daß sie vielmehr einzig und allein davon abhängt, ob man ein subjektiv oder ein objektiv orientiertes Gefährdungsstrafrecht im Auge hat.

2) Damit aber kann aus der Gleichsetzung von Gefährdungs- und Willensstrafrecht in der Denkschrift der Schluß, daß es sich hier um kein Ge-

[7]) Schaffstein, Z.f.d. ges.Str.W. 53, S. 610 und Dtsch.Strafr. 1934, S. 280, Anm. 24.

[8]) Mezger, D.J.Z. 1934 S. 96 ff. und von Gemmingen J.W. 1933, S. 2371 ff. Vgl. den Widerspruch bei Mezger, der a.a.O. S. 96 in der subjektiven Tatsache des Tätervorsatzes in der Regel schon das ausschlaggebende Moment für die objektive Wahrscheinlichkeit des gewollten Erfolges sieht (im Anschluß an von Gemmingen a.a.O.: „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg"), und der anderseits S. 103 in dem Maß der objektiven Mitwirkung an der Tat in der Regel einen gesunden Maßstab für die Intensität des verbrecherischen Willens erblickt. Vgl. des weiteren Mezger, Leitfaden S. 27, wo einzelne „Unterschiede" zwischen Gefährdungs- und Willensstrafrecht aufgezeigt werden.

fährdungsstrafrecht handelt, nicht hergeleitet werden, könnte doch das von der Denkschrift vorgeschlagene Gefährdungsstrafrecht ein subjektives Gefährdungsstrafrecht sein. Jedoch auch das trifft nicht zu. Denn Wesensmerkmal eines Gefährdungsstrafrechts — und somit auch eines subjektiv orientierten — ist, daß an Stelle der dem Verletzungsstrafrecht eigentümlichen ausschließlichen Berücksichtigung des Verletzungsvorsatzes die Möglichkeit der Erfassung auch des Gefährdungsvorsatzes tritt. Demgegenüber verlangt jedoch die Denkschrift eine auf Verletzung abzielende Handlung und läßt eine nur auf Gefährdung abzielende Handlung nicht genügen, wie sich aus ihrem Vorschlag: „eine Handlung unternimmt, wer den Vorsatz, sie zu begehen, durch Handlungen betätigt...", ergibt[9]).

Schon dieser Verzicht auf die Erfassung des Gefährdungsvorsatzes zeigt, daß das von der Denkschrift vorgeschlagene Strafrecht kein Gefährdungsstrafrecht ist, und es erübrigt sich somit, auf die Frage einzugehen, ob die Schaffung abstrakter Gefährdungstatbestände, wie sie die Denkschrift vorsieht und das Absehen von einer wirklich objektiven Gefährdung als Folgeerscheinung des weitgefaßten Unternehmensbegriffs[10]) einem subjektiven Gefährdungsstrafrecht[11]) entsprechen, das es doch folgerichtig darauf abstellen müßte, ob der Täter glaubte, durch seine Handlung eine Gefahr für das bedrohte Rechtsgut herbeizuführen. Das von der Denkschrift vorgeschlage Strafrecht kann somit als „Unternehmensstrafrecht"[12]) oder als ein „durch Gefährlichkeitsgedanken eingeschränktes ethisierendes Willensstrafrecht"[13]), nicht aber als Gefährdungsstrafrecht bezeichnet werden.

Schon diese Auseinandersetzung zwang uns, die wesentlichen Neuerungen aufzuzeigen, die ein Gefährdungsstrafrecht gegenüber dem bisher geltenden Verletzungsstrafrecht darstellt, und als solche lernten wir kennen: einmal den Ersatz der objektiven Verletzungs- durch Gefährdungstatbestände und ferner an Stelle der ausschließlichen Berücksichtigung des Verletzungsvorsatzes die Möglichkeit der Erfassung auch des bloßen Gefährdungsvorsatzes. Bedenkt man, daß Verletzungs- und Gefährdungsstrafrecht keine prinzipiellen Gegensätze darstellen, denn die reale Verletzung ist nur der maximale Grenzwert der Gefährdung[14]), so liegt das Neue, das ein Gefährdungsstrafrecht in objektiver Beziehung gegenüber einem Verletzungsstrafrecht darstellt, nur darin, daß es als objektiven Ausgangspunkt jenen maximalen Grenzwert nicht mehr verlangt, sondern sich zur staatlichen Reaktion mit dem früheren Stadium des

[9]) Vgl. hierzu H. Mayer, S. 187, der insofern das Unternehmensstrafrecht der Denkschrift als eine Milderung gegenüber einem Gefährdungsstrafrecht bezeichnet. Ferner Ebert a.a.O., der aus der Tatsache, daß der Verletzungsvorsatz den Gefährdungsvorsatz immer in sich schließt, folgert, dies sei auch umgekehrt der Fall (S. 284), und der somit zu dem Ergebnis kommt, der auf den Erfolg (Verletzung) gerichtete Wille sei selbstverständliche Voraussetzung auch eines Gefähdungsstrafrechts. — Vgl. auch Mezger, Leitfaden S. 27; a.A.: Oetker, a.a.O. S. 48/49.

[10]) Vgl. hierzu Lobe D.J.Z. 1934, S. 250 ff.

[11]) Daß eine solche Regelung einem objektiven Strafrecht direkt widerspricht, bedarf keiner besonderen Erwähnung.

[12]) H. Mayer, S. 187.

[13]) Schaffstein, Z. 53, S. 611.

[14]) Mezger, D.J.Z. 1934, S. 103.

Angriffe, eben mit der Gefährdung, begnügt[15]). Das Wesentliche der Neuerung gegenüber dem geltenden Recht würde somit die mögliche Erfassung auch des Gefährdungsvorsatzes darstellen.

Wenn im Folgenden die Möglichkeiten des systematischen Aufbaus eines Gefährdungsstrafrechts besprochen werden sollen, so soll dies an Hand eines objektiv orientierten Gefährdungsstrafrechts geschehen, denn die Schaffung eines rein subjektiven Gefährdungsstrafrechts ist wohl kaum jemals in ernstliche Erwägung gezogen worden. Der Grund hierfür mag darin liegen, daß die Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze, die ein Gefährdungsstrafrecht zwangsläufig mit sich bringt, bei hinzutretender Subjektivierung zu einer unerträglichen Einschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit führen würde. Eine Abmilderung dieser Konsequenz ließe sich aber wiederum nur durch Einschränkungen erreichen, die notwendig objektiver Natur sein und wegen ihrer Häufigkeit keine Ausnahme, sondern eine Aufgabe des Systems bedeuten würden. Im übrigen blieben die systematischen Fragen sowie die für und gegen ein Gefährdungsstrafrecht sprechenden Gründe die gleichen. Hinzu kämen nur die Einwände gegen die Subjektivierung bzw. deren Rechtfertigung, Fragen also, die das Willensstrafrecht überhaupt betreffen und die an dieser Stelle nicht zu erörtern sind.

B. 1) Als naheliegendste Möglichkeit des systematischen Aufbaus eines Gefährdungsstrafrechts käme wohl die in Betracht: daß der Gesetzgeber die bisherigen Verletzungstatbestände dahingehend umformt, daß er grundsätzlich statt der schuldhaften wirklichen Verursachung die schuldhafte wahrscheinliche Verursachung (Gefährdung) mit Strafe bedroht. Hierbei ist jedoch eins zu bedenken: daß unter „Gefährdung" nur die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für das geschützte Rechtsgut zu verstehen ist. Es verbietet sich somit, in Fällen, wo es an einer solchen fehlt, von einer Gefährdung anderer Rechtsgüter oder der Rechtsgeltung „im allgemeinen" zu sprechen, wie dies Lobe tut (a.a.O. S. 253/254) [16]).

Daß eine Umformung der bisherigen objektiven Verletzungstatbestände in objektive Gefährdungstatbestände zweifellos einen Bruch mit historischen Überkommenheiten darstellen würde, spricht nicht gegen sie: historische Überkommenheiten können besserer Erkenntnis gewichen sein. Es fragt sich jedoch, ob eine solche Umformung aller objektiven Verletzungstatbestände überhaupt logisch denkbar und damit praktisch durchführbar ist. Nun dürfen wir eins nicht übersehen, daß die Bestrafung des Versuchs nach geltendem Recht im Hinblick auf dessen objektive Tatseite und nach der unseres Erachtens richtigen, auf die Gefährdung abstellenden Anschauung schon eine Bestrafung der Gefährdung enthält. Für die Delikte, deren Versuch nach geltendem Recht strafbar ist, könnten somit bei einer Umformung in Gefährdungstatbestände, was ihre objektive Tatseite anbetrifft, andere Probleme

[15]) Mezger, D.J.Z. 1934, S. 103.

[16]) Daß Lobe trotzdem meist zu dem gleichen Ergebnis kommen wird, zu dem wir kommen müssen, beruht darauf, daß sein Gefahrurteil ex post bestimmt ist (vgl. S. 254 die Ausführung über den absolut untauglichen Versuch). Lobe ist somit gezwungen, zu einer „Gefährdung des Rechtsfriedens" Zuflucht zu nehmen, wo wir eine konkrete Gefährdung bejahen.

als sie bisher bestanden[17]) gar nicht auftreten, unterscheidet sich der Versuch vom Gefährdungstatbestand doch nur dadurch, daß er den auf Verletzung gerichteten Vorsatz verlangt[18]). Aber auch eine Umformung derjenigen Delikte in Gefährdungstatbestände, deren Versuch bisher nicht mit Strafe bedroht ist, dürfte keine logische Undenkbarkeit bedeuten, und diese aus der Tatsache der bisherigen Nichtbeachtung des Versuchs herzuleiten, wäre abwegig.

Man hat eine solche logische Undenkbarkeit der Umformung für die Fahrlässigkeits-, die Unterlassungs-, die Äußerungsdelikte, den Ehebruch u.a. behauptet[19]). Nun ist eins klar: die Notwendigkeit, Ausnahmen zu machen, bedeutet noch nicht die Durchbrechung oder Aufgabe eines Prinzips, solange diese Ausnahmen „Ausnahmen" bleiben. Zudem aber muß die Notwendigkeit, in diesen Fällen Ausnahmen machen zu müssen, bestritten werden. Dies gilt einmal für die Fahrlässigkeitsdelikte des geltenden Rechts. Besondere Probleme können bei ihnen gar nicht auftreten, und nur die Annahme, daß ein Gefährdungsstrafrecht eine Umwandlung in Versuchstatbestände zur Folge hätte, mag dazu geführt haben, die Möglichkeit ihrer Umformung in Gefährdungstatbestände zu bestreiten[20]); denn wenn der Versuch Verletzungsvorsatz erfordert, so ergibt sich hieraus zwangsläufig die Verneinung der Möglichkeit des Versuchs eines fährlässig begangenen Delikts. Da ein Gefährdungsstrafrecht jedoch auf der subjektiven Seite Gefährdungsvorsatz genügen läßt, können in dieser Hinsicht Schwierigkeiten nicht entstehen, zumal wenn man bedenkt, daß bewußte Verletzungsfahrlässigkeit und reiner Gefährdungsvorsatz identische Begriffe sind.

Was die Äßerungsdelikte — man dachte hierbei in erster Linie an die Beleidigung — und den Ehebruch anbetrifft, so geht auch hier die Meinung, sie erforderten eine Ausnahme vom Gefährdungsprinzip, fehl. Denn beide, Beleidigung und Ehebruch, stellen schon nach geltendem Recht keine Verletzungsdelikte dar[21]). In den §§ 185 ff. StGB. ist schon die Behauptung von Tatsachen, die geeignet sind, einen anderen verächtlich zu machen usw., d.h. aber nicht die Verletzung der Ehre eines anderen, sondern schon deren Gefährdung unter Strafe gestellt. Das Gleiche gilt für den Ehebruch, der erst die Gefahr mit sich bringt, daß die Ehe zerstört wird, deren Zerfall aber nicht notwendig zur Folge zu haben braucht[22]). Eine Umformung dieser Delikte in objektive Gefährdungstatbestände ist somit gar nicht mehr nötig.

Was die Unterlassungsdelikte anbetrifft, so können bei den unechten Unterlassungsdelikten aus ihrer Natur als Unterlassungsdelikte Zweifel nicht hergeleitet werden, und auch die Zweifel, die sich auf den ersten Blick gegen

[17]) Wir denken hier an die bekannte Streitfrage, die u.E. zu bejahen ist, ob der Versuch einer Unterschlagung überhaupt denkbar ist.

[18]) Das verkennt völlig Ebert a.a.O. S. 483, wenn er meint, das Gefährdungsstrafrecht bewirke nur eine quantitative Verschiebung zwischen Vollendungs- und Versuchstatbeständen und erschöpfe sich hierin.

[19]) Vgl. hierzu Ebert a.a.O. S. 485.

[20]) So typisch Ebert, S. 485: Bei den Fahrlässigkeitsdelikten fehle es an dem verbrecherischen Willen (gemeint ist der Verletzungsvorsatz), den der Begriff des Unternehmens voraussetze.

[21]) So richtig Ebert, a.a.O. S. 485.

[22]) Vgl. Ebert, a.a.O. Die Prozeßvoraussetzung, daß die Ehe wegen desselben geschieden sein muß, wird auch de lege ferenda beizubehalten sein!

die Möglichkeit einer Umformung der objektiven Tatbestände der sog. echten Unterlassungsdelikte in Gefährdungstatbestände erheben, erscheinen bei näherem Hinsehen weniger bedeutungsvoll. Sie gehen zurück auf die schon de lege lata bestehende Streitfrage, ob der Versuch eines echten Unterlassungsdeliktes überhaupt logisch denkbar[23]) ist, eine Frage, die zu verneinen ist. Es wäre aber falsch aus der Verneinung der Versuchsmöglichkeit auf die Unmöglichkeit der Erfassung der Gefährdung bei den echten Unterlassungsdelikten zu schließen. Denn ein solcher Schluß würde übersehen, daß die echten Unterlassungsdelikte des geltenden Gesetzes meist in der Form abstrakter Gefährdungsdelikte auftreten[24]), daß also ein Abstellen auf die konkrete Gefahr sie zu wirklichen Gefährdungsdelikten machen würde. Die Notwendigkeit einer Ausnahme ergäbe sich also nur dort, wo das echte Unterlassungsdelikt als Verletzungsdelikt auftritt (das-Sich-Nicht-Entfernen beim Hausfriedensbruch, § 123 StGB.).

Begriffliche Bedenken gegen die Durchführung des Gefährdungsprinzips bei der einfachen Körperverletzung bestehen ebenfalls nicht, und wenn die Denkschrift von einer solchen absehen zu müssen glaubte[25]), so geschah dies, wie sie selbst betont, aus rein praktischen Gesichtspunkten. Die Begründung allerdings, daß hier die ersten Anfänge der Tat strafrechtlich nur schwer erfaßt werden können[26]), ein Bedürfnis ihrer Bestrafung auch kaum bestehe, zeigt gleichzeitig die Schwierigkeiten, die sich bei folgerichtiger Durchführung des Gefährdungsstrafrechts ergeben. Und das muß gesagt werden: wer glaubt, der Aufbau eines Gefährdungsstrafrechts erleichtere dem Gesetzgeber erheblich seine Aufgabe, der irrt ebenso wie der, der sich von einem Gefährdungsstrafrecht den Wegfall vieler bisheriger Probleme (z. B. des Kausalzusammenhangs) [27]) verspricht. Denn einmal wird der Aufbau eines Gefährdungsstrafrechts für den Gesetzgeber eine wesentlich schwerere Aufgabe darstellen als etwa der Aufbau eines Verletzungsstrafrechts, wie sich schon aus den bisher besprochenen Schwierigkeiten der Tatbestandsbildung ergibt, zum anderen aber erscheint die „Erledigung einer Reihe von bisherigen Streitfragen"[27]) als wohltuende Folgeerscheinung eines Gefährdungsstrafrechts reichlich zweifelhaft (wenigstens auf den von der Denkschrift angedeuteten Gebieten). Die Prüfung des Kausalzusammenhangs z.B. wird sich auch in einem Gefährdungsstrafrecht nicht erübrigen: Gilt es in ihm doch nur statt der wirklichen die wahrscheinliche Verursachung festzustellen. Und daß es — wie Oetker a.a.O. S. 50 zu Recht betont — häufig schwieriger sein wird, zu beurteilen, ob menschliches Verhalten die Gefahr eines Erfolgseintritts ergeben hat, als ob es die Ursache eingetretener Verletzung gewesen ist, kann nicht bestritten werden. Und ebensowenig kann verkannt werden, daß die Abkehr von der leicht faßbaren — weil augenscheinlichen — Verletzung und damit die Abkehr von den greifbaren Realitäten des Lebens in der Praxis Beweisschwierigkeiten zur Folge haben wird.

[23]) Vgl. hierzu Frank, § 43, V, 1 (bejahend); Mezger, Lehrbuch S. 377 (verneinend) und v. Liszt-Schm. § 46 V, 2 (verneinend).
[24]) Mezger, Lehrb. S. 131.
[25]) S. 123.
[26]) Denkschrift, S. 123.
[27]) So die Denkschrift, S. 124.

Haben wir uns bisher mit den Möglichkeiten und Schwierigkeiten der Umformung der objektiven Tatbestände in Gefährdungstatbestände befaßt, so werden wir uns jetzt mit der subjektiven Seite der Gefährdungstatbestände und mit der Frage, welche Bedeutung der Verletzung in einem Gefährdungsstrafrecht einzuräumen sein wird, beschäftigen müssen.

Hier scheint ein objektives Gefährdungsstrafrecht eine grundlegende Neuerung zu bedeuten. Denn in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht wird das Maß objektiven Unrechts — und damit entsprechend einem objektiven System die Größe der Schuld — bestimmt durch den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Erfolg zu erwarten steht. Da aber die Größe des Wahrscheinlichkeitsgrades in den überkommenen Schuldformen keine Berücksichtigung findet, so müßte ein konsequent durchgeführtes objektives Gefährdungsstrafrecht, das Anspruch auf innere logische Geschlossenheit erheben will, notwendigerweise die Abkehr von den bisherigen Schuldformen zur Folge haben, die nach dem Wahrscheinlichkeitsgrade abgestuften Schuldformen Platz machen müßten[28]). Daß ein solches System durch seine innere Geschlossenheit imponieren würde, ist ebenso zweifellos wie die Tatsache, daß es den Wegfall sonst auftretender Scheinprobleme zur Folge hätte.

Es wäre jedoch zu untersuchen, ob die Möglichkeit besteht, unter Beibehaltung der bisherigen Schuldformen ein objektives und in seinen Folgeerscheinungen befriedigendes Gefährdungsstrafrecht aufzubauen. Bedenkt man, daß sich als notwendige Konsequenz eines Gefährdungsstrafrechts die Berücksichtigung auch der mit bloßem Gefährdungsvorsatz herbeigeführten Gefahr ergibt, so erscheint es am naheliegendsten, daß der Gesetzgeber, wie er auf objektivem Gebiet von der Gefährdung ausging, so auch auf subjektivem Gebiet den Verletzungsvorsatz durch den bloßen Gefährdungsvorsatz ersetzt und diesen zum Ausgangspunkt nimmt. Damit aber taucht zugleich die Frage auf, ob ein Ersatz des Verletzungsvorsatzes durch den bloßen Gefährdungsvorsatz bei allen Delikten überhaupt logisch denkbar ist, oder m.a.W. ob alle Delikte des Strafgesetzes mit bloßem Gefährdungsvorsatz begangen werden können. In dieser Hinsicht machen sich Bedenken bei den sog. Absichtsdelikten geltend, denn es erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft, ob ein Täter in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine weitergehende Absicht verlangt, mit bloßem Gefährdungsvorsatz handeln kann, ob in diesen Fällen nicht vielmehr immer Verletzungsvorsatz vorliegen muß. Es wäre jedoch verfehlt, die Wesensverschiedenheit innerhalb der einzelnen Absichtsdelikte unberücksichtigt zu lassen, denn durch sie beantwortet sich zugleich die Frage, inwiefern der Aufbau von Absichtsdelikten überhaupt gerechtfertigt erscheint. Und hierzu ist festzustellen, daß es innerhalb der Absichtsdelikte solche gibt, bei denen das, worauf die Absicht gerichtet ist (das Objekt der Absicht) weder das eigentliche noch überhaupt ein Übel darstellt, sog. unechte Absichtsdelikte[29]), und ferner solche, bei

.....

[28]) Das hat Zimmerl in seinem Aufbau eingehend dargelegt, wo er sich gegen den nichtabstufbaren Unrechtsbegriff und gegen die Zerreißung von objektiver und subjektiver Tatseite wendet (vgl. insbesondere S. 68 ff. und S. 176 ff.).

[29]) Zimmerl, Z.L.v.T. S. 39/40; hierzu zählen z.B. § 214, 236, 237, 263 u.a.

denen der Inhalt der Absicht an der Formulierung des speziellen Unrechtstypus mitbeteiligt ist, und daher zum Tatbestand gehört, sog. echte Absichtsdelikte[30]). Bei diesen — und sie sind bei weitem die zahlreichsten — erscheint somit der Aufbau als Absichtsdelikt weder begründet noch zweckmäßig, läßt sich das subjektive Tatbestandselement doch auf ein objektives zurückführen und besteht kein Anlaß, dieses im Sinne eines Gefährdungsstrafrechts nicht objektiv zu fassen. Bei jenen, den unechten Absichtsdelikten, dagegen wäre eine objektive Fassung in dem Sinne, daß eine Verwirklichung Voraussetzung für die Vollendungsstrafe bildet, verfehlt, da das, worauf die Absicht gerichtet ist, nur als Inhalt der Psyche einen Sinn hat[31]), und somit erscheint für sie allein der Aufbau als Absichtsdelikte gerechtfertigt[32]).

Denkbar erscheint ein Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz einmal und insbesondere bei den Absichtsdelikten, die als Vermögensdelikte auftreten, wo infolge komplizierter Transaktionen dem Täter selbst zweifelhaft sein kann, ob es sich um sein eigenes oder um fremdes Vermögen handelt, wo dem Täter aber anderseits klar ist, daß er durch seine Handlung eine Gefahr für das fremde Vermögen herbeiführt, während ihm ein Verletzungsvorsatz (auch dolus eventualis) schwer nachzuweisen sein wird. Insofern würde sich gerade bei diesen Vermögensdelikten eine Berücksichtigung auch schon des bloßen Gefährdungsvorsatzes heilsam auswirken.

Die gleiche heilsame Wirkung müßte die Berücksichtigung des bloßen Gefährdungsvorsatzes bei den Absichtsdelikten auch in den Fällen ausüben — und logische Bedenken bestehen hier überhaupt nicht — in denen der Handelnde nicht als Täter auftritt. Wir denken hierbei an die Fälle, in denen der Handelnde in einem anderen den Entschluß, die Tat zu begehen, hervorruft, sein Wille aber darauf gerichtet ist, daß es nur zum Versuch (Gefährdung) kommt. Es sind also die Fälle, in denen die herrschende Lehre eine Anstiftung ablehnt und die sie als das Problem des agent provocateur bezeichnet. Wir wollen diese Benennung des Problems beibehalten, sind uns jedoch darüber im Klaren, daß das Motiv, aus dem heraus der agent provocateur den Eintritt des Erfolges ablehnt (Überführung des Täters im eigentlichen Fall des agent provocateur) für die Beurteilung des Problems keine Rolle spielt. Wesentlich allein erscheint, daß der Handelnde in dem Täter den Entschluß zur Begehung der Tat hervorruft, sein Vorsatz die Vollendung jedoch nicht mitumfaßt, sondern lediglich auf Gefährdung gerichtet ist. Dies liegt z.B. auch im folgenden Fall vor: A und B, zwei berüchtigte Taschendiebe, sitzen im Abteil eines D-Zuges mit einem dritten Fahrgast zusammen. A wettet mit B, daß es ihm (dem B) nicht gelingen werde, diesem Fahrgast die Brieftasche unbemerkt zu entwenden. B versucht es, um seine Fähigkeiten unter Beweis zu stellen. In diesem Fall hat A in B den Entschluß zur Begehung der Tat hervorgerufen. Er will jedoch nicht, daß diese zur Vollendung kommt, denn sonst verlöre er ja seine Wette. Will er aber nur, daß B den

[30]) Zimmerl, Z.L.v.T. S. 40; vgl. auch die dortige Aufzählung z.B. § 202, 206, 229 u.a.

[31]) Zimmerl, Z.L.v.T. S. 42.

[32]) Vgl. über die gleiche Frage bei den sog. Tendenzdelikten Zimmerl Z.L.v.T. S. 45 ff.

Versuch unternimmt, so will er die Gefährdung des geschützten Rechtsguts, er handelt also mit reinem Gefährdungsvorsatz, und ihn deswegen zu bestrafen, erscheint ebenso notwendig wie billig.

Schon um diese Fälle erfassen zu können, in denen der Handelnde nicht als Täter (und nach h. L. auch nicht als Teilnehmer) erscheint, hat eine Berücksichtigung des bloßen Gefährdungsvorsatzes bei allen Delikten zu erfolgen.

Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß die Fälle, in denen der Täter mit bloßem Gefährdungsvorsatz handelt, immer nur Ausnahmen darstellen. Das spielt jedoch vorerst keine Rolle, galt es doch zunächst die logische Denkbarkeit des Ersatzes des Verletzungsvorsatzes durch den bloßen Gefährdungsvorsatz und die Notwendigkeit der Erfassungsmöglichkeit auch dieser Ausnahmen aufzuzeigen. Die Erkenntnis jedoch, daß das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz immer Ausnahme bleiben wird, zwingt zugleich zu einer Auseinandersetzung mit der Frage, welche Bedeutung in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht dem gewollten oder ungewollten Eintritt der Verletzung zuzumessen sein wird, und die Tatsache, daß der Eintritt der Verletzung den Regelfall bildet, verleiht dieser Auseinandersetzung entscheidende Bedeutung.

Nun wäre es zwar denkbar, ein Gefährdungsstrafrecht so zu schaffen, daß dem Eintritt der Verletzung — mag er gewollt oder nicht gewollt sein — überhaupt keine Bedeutung beigemessen wird, und man mag sich hierbei darauf berufen, daß der Eintritt des Erfolges immer mehr oder weniger vom Zufall abhängt. Ein solches Gefährdungsstrafrecht wäre, wie gesagt, wohl denkbar, zu empfehlen wäre es jedoch nicht. Schon rein sprachlich würde es, bei Beibehaltung der bestehenden Schuldformen, seltsam erscheinen, wenn ein Täter, der eine fremde Sache zerstören wollte und sie auch zerstört hat, wegen Sachgefährdung bestraft würde[33]). Doch nicht allein, daß ein solches Gefährdungsstrafrecht eine Vergewaltigung des Sprachgefühls bedeuten würde, es würde infolge der Gleichbehandlung von Fällen, die nach der Schuld- und nach der Erfolgsseite hin vollkommen verschiedene Bedeutung haben, einen groben Verstoß gegen das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit bedeuten. Denn es bedeutet sicherlich einen nicht zu übersehenden Unterschied, ob ein Täter ein Rechtsgut nur gefährden wollte und es auch bei der Gefährdung blieb, oder ob er ein Rechtsgut verletzen wollte und dies auch erreicht hat. Ein diese Fälle gleich behandelndes Verfahren würde somit keine Verfeinerung des Strafrechts, sondern dessen Verflachung, keinen Kulturfortschritt, sondern einen Kulturrückschritt bedeuten[34]). Daß ein solches Prinzip auch im schroffsten Gegensatz zu einer gesunden Volksanschauung stehen würde, braucht nicht besonders betont werden, und selbst wenn man der nicht zu leugnenden Tatsache, daß der Laie eine Tat immer nach dem eingetretenen Erfolg — auch wenn dieser nicht gewollt war — zu beurteilen geneigt ist, keine Bedeutung beimißt, eine Nichtberücksichtigung selbst des gewollt herbeigeführten Erfolges würde bei ihm immer — und das mit Recht — auf Unverständnis stoßen.

[33]) So Oetker, a.a.O. S. 50.

[34]) So v. Hippel, V.D.A.T. III, S. 528 ff. inbezug auf die Schaffung genereller Gefährdungsnormen.

Daß ein unserer Zeit und unserem Empfinden entsprechendes Gefährdungsstrafrecht den Eintritt der Verletzung nicht unberücksichtigt lassen kann, kann somit keinem Zweifel unterliegen, ebensowenig, wie die Tatsache, daß eine Berücksichtigung des Eintritts der Verletzung mit dem Gedanken eines Gefährdungsstrafrechts in vollstem Einklang steht. Denn: Gefährdungsstrafrecht heißt nicht die ausschließliche Berücksichtigung der mit Gefährdungsvorsatz herbeigeführten Gefahr, und somit das alleinige Abstellen auf diese, sondern Gefährdungsstrafrecht bedeutet die Möglichkeit der Erfassung auch der nur mit Gefährdungsvorsatz herbeigeführten Gefahr[35]). Die Frage kann also nur lauten, inwieweit in einem Gefährdungsstrafrecht der Eintritt der Verletzung Berücksichtigung zu erfahren hat.

Hier wäre es zunächst denkbar, an den Eintritt der Verletzung eine Erhöhung der Strafbarkeit als Folge zu knüpfen, und damit werden zugleich die Erinnerungen wach an die viel umstrittenen „objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit". Nur, daß der in dieser Bezeichnung enthaltene stille Vorwurf nicht berechtigt wäre; denn von einer „objektiven Bedingung erhöhter Strafbarkeit" könnte in diesem Falle darum nicht gesprochen werden, weil wegen der Identität von bewußter Verletzungsfahrlässigkeit und reinem Gefährdungsvorsatz der mit reinem Gefährdungsvorsatz handelnde Täter im Hinblick auf den Eintritt der Verletzung stets bewußt fahrlässig handelt. Ein solches Prinzip würde jedoch zur Gleichbehandlung von nach der Schuldseite hin Ungleichartigem zwingen. Müßte doch der mit Verletzungsvorsatz handelnde Täter dem mit reinem Gefährdungsvorsatz und somit inbezug auf die Verletzung bewußt fahrlässig Handelnden gleichgestellt werden. Auch dieses Prinzip der Straferhöhung mit dem Eintritt der Verletzung würde somit zur Verflachung führen und einen Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit bedeuten.

Hiernach erscheint es am naheliegendsten, erhöhte Strafe an den Eintritt der Verletzung nur dann zu knüpfen, wenn dieser gewollt war, d.h. wenn er vorsätzlich herbeigeführt wurde. Die Konsequenzen, die sich aus einer derartigen Regelung ergäben, wären folgende:

Der mit reinem Gefährdungsvorsatz, also inbezug auf die Verletzung bewußt fahrlässig Handelnde würde grundsätzlich milder bestraft, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erfolg eingetreten ist oder nicht. Die Notwendigkeit seiner Milderbestrafung ergibt sich aus folgender Erwägung: Handelt der Täter mit bloßem Gefährdungsvorsatz und bleibt es bei der Gefährdung, so kann ihm nur die Gefahr des Erfolges[36]) zugerechnet werden, denn es fehlt sowohl an der objektiven wie an der subjektiven Voraussetzung für die Zurechnung des Erfolges selbst. Aber auch, wenn im Falle des Handelns mit bloßem Gefährdungsvorsatz der Erfolg eintritt, kann dieser selbst dem Täter nicht zugerechnet werden, da dann zwar die objektive, nicht aber die subjektive Voraussetzung für die Zurechnung des Erfolges selbst gegeben ist, fehlt es doch an dem Plus, das der Verletzungsvorsatz gegenüber dem bloßen Gefährdungsvorsatz darstellt.

Die grundsätzliche Milderbestrafung des mit bloßem Gefährdungsvorsatz handelnden Täters ist somit gerechtfertigt, seine Bestrafung jedoch ohne

[35]) Die Frage, wie diese Berücksichtigung zu erfolgen hat, ist eine lediglich rechtstechnische (vgl. unten S. 46).

[36]) Vgl. Zimmerl, Aufbau, S. 136.

Rücksicht auf den Eintritt der Verletzung könnte auf den ersten Blick Bedenken erregen. Dies zwar nicht insofern, als seine Strafbarkeit nicht mehr wie bisher bei den Fahrlässigkeitsdelikten vom Zufall abhinge — das könnte höchstens als ein Vorteil bezeichnet werden — die Gleichbestrafung des mit bloßem Gefährdungsvorsatz Handelnden ohne Rücksicht auf den Eintritt des Erfolges könnte jedoch den Anschein erwecken, als würde hier im Hinblick auf die Erfolgsseite Ungleichartiges gleich behandelt. Denn, wie der mit bloßem Gefährdungsvorsatz Handelnde bestraft würde, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist, so würde er auch bestraft, wenn ein solcher eingetreten ist. Nun darf aber eins nicht verkannt werden: daß eine Verletzung ebenso trotz geringer Wahrscheinlichkeit eintreten, wie sie trotz großer Wahrscheinlichkeit ausbleiben kann. In der Nichtberücksichtigung des Eintritts der Verletzung bei dem mit bloßem Gefährdungsvorsatz handelnden Täter braucht somit eine Gleichbehandlung von Ungleichartigem nicht zu liegen, wenn auch nicht übersehen werden darf, daß der Eintritt der Verletzung oft (nicht immer) ein Indiz für das Vorliegen eines hohen Wahrscheinlichkeitsgrades sein kann. Eine Gleichbehandlung von Ungleichartigem wird aber dann nicht vorliegen, wenn der Tatsache, daß der Wahrscheinlichkeitsgrad verschieden groß sein kann, durch den Gesetzgeber Rechnung getragen wird. Und diese aus der Natur eines objektiven Gefährdungsstrafrechts sich mit Notwendigkeit ergebende Konsequenz wird nicht zu umgehen sein. Denn, wird in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht das Maß objektiven Unrechts und damit die Größe der Schuld bestimmt durch den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Erfolg zu erwarten steht, so muß — will man die bisherigen Schuldformen beibehalten — eine verschiedene Bewertung des (möglichen) verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgrades innerhalb derselben Schuldform gewährleistet sein. Das ließe sich bei Beibehaltung der bisherigen Schuldformen einmal dadurch erreichen, daß man die Strafrahmen so weit faßt, daß die verschiedene Größe des Wahrscheinlichkeitsgrades im Einzelfall berücksichtigt werden kann. Eine solche Regelung würde aber nur eine Verlegenheitslösung bedeuten und könnte schon deshalb nicht befriedigen. Sie würde aber zugleich nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit, sondern auch als unvereinbar mit nationalsozialistischem Denken abzulehnen sein. Denn durch eine Weiterfassung der Strafrahmen würde eine entsprechende Berücksichtigung des Einzelfalles zwar ermöglicht, gewährleistet würde sie jedoch nicht (Gründe der Rechtssicherheit). Im Verhältnis zum Richter aber nimmt der Gesetzgeber eine Führerstellung ein. Diese aber bringt für ihn nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht mit sich, dem Richter die Richtlinien an die Hand zu geben, auf Grund deren er eine verschiedene Bewertung des Einzelfalls für geboten erachtet. Das bedeutet nicht etwa eine aus Mißtrauen gegenüber dem Richter erwachsene Einschränkung der richterlichen Ermessensfreiheit, sondern stellt lediglich eine aus dem Führerprinzip sich notwendig ergebende Konsequenz dar. Denn, widerspräche es einerseits dem sich aus der Führerstellung des Gesetzgebers ergebenden Recht, wenn er die verschiedene Bewertung des Einzelfalls von dem guten Willen des Richters abhängig sein ließe, so verstieße es anderseits gegen seine sich aus dieser Stellung ergebende Pflicht, nach der er dem Richter die von ihm für richtig erkannten Richtlinien zur verschiedenen Bewer-

tung des Einzelfalls aufzuzeigen hat. Die Schaffung weiter Strafrahmen, um der möglichen Verschiedenheit des Wahrscheinlichkeitsgrades innerhalb dieser Schuldform Rechnung tragen zu können, kann somit nicht als befriedigende Lösung angesehen werden.

Dem Gesetzgeber bliebe aber ein anderer Weg: Steigt mit der Größe der Wahrscheinlichkeit das Maß objektiven Unrechts und damit die Größe der Schuld, so könnte er den Richter anweisen, den von ihm für die Fälle des Handelns mit bloßem Gefährdungsvorsatz festgesetzten Strafrahmen dann zu überschreiten, wenn die vom Täter herbeigeführte Gefahr groß war oder das Ausbleiben der Verletzung auf vom Willen des Täters unabhängigen Umständen beruhte. Diese Formulierung gäbe die Garantie, daß sowohl die Fälle, in denen die Verletzung eintrat und die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts auch groß war, wie die, in denen die Verletzung trotz großer Wahrscheinlichkeit ausblieb (daher „oder", nicht „und"), gebührend berücksichtigt würden, ohne daß hierdurch das freie richterliche Ermessen ungebührlich eingeschränkt würde.

Diese Anweisung an den Richter hätte der Gesetzgeber wegen ihrer Allgemeingültigkeit im Allgemeinen Teil niederzulegen.

Ebenso ließe sich auch leicht die Frage beantworten, wie der Täter dann zu bestrafen ist, wenn er mit Verletzungsvorsatz gehandelt hat, eine Verletzung jedoch nicht eingetreten ist, es vielmehr bei der Gefährdung blieb (Versuch). Es würde einem objektiven System widersprechen, wollte man dem Täter eine über das Maß objektiven Unrechts hinausgehende Schuld anlasten[37]), fehlt es doch trotz Vorhandenseins der subjektiven an der objektiven Voraussetzung für die Zurechnung des Erfolges selbst[38]). Verbietet es sich somit schon aus diesem Grunde, an den Verletzungsvorsatz schlechthin ohne Rücksicht auf den Eintritt der Verletzung eine Straferhöhung zu knüpfen, so zeigt sich, daß auch in diesem Fall grundsätzlich eine mildere Bestrafung Platz zu greifen hat. Anderseits könnte es den Eindruck einer Erfolgshaftung erwecken, wenn eine Straferhöhung den mit Verletzungsvorsatz handelnden Täter nur dann trifft, wenn die Verletzung tatsächlich eingetreten ist. Auch hier gilt das vorher Gesagte: daß eine Verletzung trotz großer Wahrscheinlichkeit ausbleiben, wie sie trotz geringer Wahrscheinlichkeit eintreten kann, und daß ihr Eintritt nicht immer als Indiz für das Vorliegen eines erhöhten Wahrscheinlichkeitsgrades gewertet werden kann. Um also auch hier eine Erfolgshaftung — sei es zu Gunsten oder zu Ungunsten des Täters — zu vermeiden, wird der Tatsache, daß der Wahrscheinlichkeitsgrad im Einzelfall verschieden groß sein kann, dadurch Rechnung getragen werden müssen, daß der Gesetzgeber den Richter anweist, den von ihm für den Versuch festgesetzten Strafrahmen dann zu überschreiten, wenn die vom Täter herbeigeführte Gefahr groß war und das Ausbleiben der Verletzung auf vom Willen des Täters unabhängigen Umständen beruhte. Diese Anweisung an den Richter könnte der Gesetzgeber im Anschluß an die Versuchsbestimmung niederlegen.

[37]) Bei einem entsprechenden Aufbau der Schuldformen könnte hiervon gar nicht gesprochen werden, da die Größe der Schuld ja durch das Maß objektiven Unrechts bestimmt wird.

[38]) Zimmerl, Aufbau, S. 136.

So ließe sich unter Beibehaltung der bisherigen Schuldformen ein objektives Gefährdungsstrafrecht, das zu brauchbaren Ergebnissen führen würde, ermöglichen.

Die an den vorsätzlich herbeigeführten Eintritt der Verletzung geknüpfte Straferhöhung könnte der Gesetzgeber entweder in einer Norm des allgemeinen Teils oder im Anschluß an die einzelnen Gefährdungstatbestände behandeln. Hiervon erscheint der letztere Weg als der gangbarste, da bei Schaffung einer Verletzungsnorm deren Strafrahmen zu weit gefaßt werden müßte.

2) Dies wäre die eine Möglichkeit des systematischen Aufbaus eines objektiven Gefährdungsstrafrechts, und gegen sie machen sich vom logischen wie vom praktischen Standpunkt aus die schwerwiegendsten Bedenken geltend; denn es darf nicht verkannt werden, daß die vorsätzlich herbeigeführte Verletzung den Regelfall bildet. Ginge der Gesetzgeber von der mit bloßem Gefährdungsvorsatz herbeigeführten Gefahr aus, so würde er damit die Ausnahme zur Regel und — sofern er der vorsätzlich herbeigeführten Verletzung straferhöhende Bedeutung beimißt — die Regel zur Ausnahme erklären, ein Verfahren, das weder logisch noch praktisch gebilligt werden könnte. Es bliebe ihm daher, will er sich diesem Vorwurf nicht aussetzen, nur die Möglichkeit: auszugehen von der mit Verletzungsvorsatz herbeigeführten Verletzung, d.h. nach der objektiven Tatseite hin grundsätzlich Verletzungstatbestände zu schaffen und nach der subjektiven Seite hin Verletzungsvorsatz zu verlangen. Sollte dieses Strafrecht aber trotz des Ausgehens von der mit Verletzungsvorsatz herbeigeführten Verletzung ein Gefährdungsstrafrecht sein, so müßte auch das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz[39]) seine Berücksichtigung erfahren. Dies könnte wieder auf zwei Arten geschehen: einmal könnte der Gesetzgeber das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz im Anschluß an die einzelnen Verletzungstatbestände berücksichtigen, er könnte es aber auch in einer Norm des Allgemeinen Teils unter Strafe stellen. Welchen Weg der Gesetzgeber einschlagen würde, wäre — inhaltlich betrachtet — gleich. Aus gesetzestechnischen Gründen heraus — denn das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz stellt ja eine Ausnahme dar — wäre der letzte Weg eher zu empfehlen. Daß bei einem derart aufgebauten Gefährdungsstrafrecht die zuvorbehandelten Probleme die gleichen blieben, ist ersichtlich, nur würden sie in die ihnen gebührende Ausnahmestellung gedrängt: durch eine Norm des Allgemeinen Teils würde das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz unter Strafe gestellt, es würde grundsätzlich milder bestraft als das Handeln mit Verletzungsvorsatz, der Richter würde jedoch an Hand bestimmter Richtlinien angewiesen, diesen Strafrahmen entsprechend diesen Richtlinien zu überschreiten. Und auch für den Versuch ergäbe sich die oben dargelegte Regelung: Grundsätzliche Milderbestrafung als die Vollendung, aber Überschreiten des Strafrahmens kraft gesetzgeberischer Anweisung unter bestimmten Voraussetzungen. Gegen ein

[39]) Inwieweit auch die fahrlässige Gefährdung unter Strafe zu stellen ist, ist eine Frage des praktischen Bedürfnisses, die hauptsächlich vom Wert des geschützten Rechtsguts abhängen wird. Es empfiehlt sich jedenfalls, die fahrlässige Gefährdung nur in Ausnahmefällen, wo es besonders zu erwähnen sein wird, mit Strafe zu bedrohen.

derart aufgebautes Gefährdungsstrafrecht aber wird sich sogleich der Vorwurf erheben, daß es kein Gefährdungsstrafrecht sei: es gehe aus von der mit Verletzungsvorsatz herbeigeführten Verletzung — das typische Merkmal eines Verletzungsstrafrechts — und auch indem es das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz unter Strafe stelle, bedeute es in erster Linie eine lediglich quantitative Verschiebung zu Gunsten der bewußt fahrlässigen Verletzungsdelikte. Allein dieser Vorwurf bestünde zu Unrecht. Denn es darf nicht verkannt werden: die Frage, ob auch das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz strafrechtlich berücksichtigt wird, ist eine das Wesen eines Gefährdungsstrafrechts betreffende und somit rechtsinhaltliche Frage. Die Frage dagegen, wie das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz zu berücksichtigen ist, ob vom Gefährdungsvorsatz oder grundsätzlich vom Verletzungsvorsatz auszugehen ist, letzterenfalls aber neben diesem auch jener unter Strafe gestellt wird, berührt das Wesen eines Gefährdungsstrafrechts nicht und bleibt somit lediglich eine rechtstechnische Frage[40]). Berührt es aber den Inhalt eines Gefährdungsstrafrechts nicht, wenn das Handeln mit bloßem Gefährdungsvorsatz nicht zum Ausgangspunkt genommen, sondern, da es eine Ausnahme darstellt, auch als solche behandelt wird, so bleibt das Alleinwesentliche, daß die Möglichkeit der Erfassung auch dieser Ausnahme besteht, und damit bleibt auch ein so aufgebautes Gefährdungsstrafrecht ein Gefährdungsstrafrecht.

3) Galt es bisher die Möglichkeiten des Aufbaus eines Gefährdungsstrafrechts aufzuzeigen und hiervon die zweckmäßigste auszuwählen, so wird im Folgenden darzulegen sein, welche Konsequenzen sich aus einem derart aufgebauten Gefährdungsstrafrecht ergeben, und welchen Einfluß es auf einzelne Probleme des geltenden Gesetzes ausübt.

Und hier zeigt sich als augenscheinlichste Folgeerscheinung der Bestrafung des Handelns mit bloßem Gefährdungsvorsatz ohne Rücksicht auf den Eintritt der Verletzung der Wegfall der durch die fahrlässigen Verletzungstatbestände des geltenden Gesetzes bedingten Erfolgshaftung. Auf die Unbilligkeit, die jedwede Erfolgshaftung darstellt, besonders hinzuweisen, erübrigt sich. Denn es kann nicht eingesehen werden, daß ein zwingender Grund besteht, den Täter einerseits völlig straffrei zu lassen, wenn er das Glück gehabt hat, daß nichts passiert, ihn anderseits aber bei gleichem Verschulden für den Erfolg verantwortlich zu machen, wenn ihm dieses Glück nicht beschieden war. Man hat diese Erfolgshaftung dadurch zu rechtfertigen versucht[41]), daß man sagte, das Haftbarmachen für bloße Gefährdung bedeute eine Einschränkung der Handlungsfreiheit des Einzelnen, der doch im Leben stünde, um sich kraftvoll zu regen, und diesem „Appell' an die Furcht"[41]), der nur eine unbillige Belastung schaffen würde, sei eine Haftung für eingetretene Verletzung vorzuziehen. Aber auch dieser Einwand ändert nichts daran, daß dieses Haftbarmachen nur für eingetretene Verletzung eben doch Erfolgshaftung darstellt. Mit diesem Einwand aber übersieht man zudem, daß die Bestrafung für bloße Gefährdung davon abhängig ist, ob der Täter

[40]) Dies selbst dann, wenn man der Ansicht ist, daß Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht Strafrechtssysteme gar nicht darstellen.

[41]) Vgl. bei Ebert a.a.O.; insbesondere Oetker a.a.O.

sich der Gefahr bewußt war und sie auch gewollt hat[42]). An der Handlungsfreiheit sich derart kraftvoll regender Menschen dürfte aber wohl kaum jemand ein erhebliches Interesse haben[43]). Zudem aber darf nicht verkannt werden, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit haben muß, derart rechtswidrige[44]). und schuldhafte Handlungen erfassen zu können. Ob er von dieser Möglichkeit in Ausnahmefällen, wo ein Interesse für die staatliche Reaktion nicht besteht, keinen Gebrauch macht, ist eine andere Frage, die durch das praktische Bedürfnis bestimmt wird. Sieht der Gesetzgeber jedoch in Ausnahmefällen von der Bestrafung des mit bloßem Gefährdungsvorsatz Handelnden ab, so hat dies in gleicher Weise dort zu geschehen, wo die Verletzung nicht eingetreten ist, wie dort, wo eine solche erfolgte. Die grundsätzliche Bestrafung des Handelns mit bloßem Gefährdungsvorsatz ohne Rücksicht auf den Eintritt der Verletzung kann daher nur als ein dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit entsprechender Fortschritt angesehen werden, da bei einer solchen Regelung nicht mehr wie bisher der Zufall zu entscheiden hat, ob eine Handlung strafbar ist oder nicht.

Daß diese Regelung auch eine einfache und billige Lösung derjenigen Fälle gewährleistet, in denen der Handelnde in einem anderen den Entschluß, die Tat zu begehen, hervorruft, sein Wille aber darauf gerichtet ist, daß es nur zur Gefährdung (Versuch) kommt, ist bereits dargelegt worden[45]). Wir sahen, daß an Hand des geltenden Gesetzes dieses sog. Problem des agent provocateur nicht gelöst werden kann, und daß selbst die bestdurchdachtesten Konstruktionen eine Erfassung aller dieser Fälle nicht ermöglichen[46]), und erkannten, daß der Grund hierfür in der Nichtberücksichtigung des Handelns mit bloßem Gefährdungsvorsatz (ohne Rücksicht auf den Eintritt der Verletzung) liegt[46]). Und anderseits zeigte sich, daß im Falle einer solchen Berücksichtigung dieses Problem einfach und billig gelöst werden kann, daß ein objektives Gefährdungsstrafrecht zwangsläufig die Milderbestrafung des agent provocateur zur Folge hat, daß aber anderseits auch die Herbeiführung einer hohen Verletzungswahrscheinlichkeit infolge gesetzgeberischer Anweisung berücksichtigt werden kann, und daß vor allem die Erfassung aller dieser Fälle gewährleistet ist.

Ebenso ließen sich auch die Probleme um den Versuch einfach und einheitlich regeln. Der Begriff des Versuchs im geltenden Recht würde sich in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht darstellen als die mit Verletzungsvorsatz herbeigeführte Gefahr. Das bedeutet einmal für die Frage der Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung, daß die Qualität einer Handlung als Ausführungs-(Versuchs)Handlung davon abhängt, ob die Handlung für sich betrachtet eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut bedeutet[48]). Und das bedeutet weiter für die Frage der Tauglichkeit des Ver-

---

[42]) Das erkennt richtig Ebert a.a.O. S. 483, obwohl nach seiner Ansicht ein Gefährdungsstrafrecht ohne Verletzungsvorsatz nicht denkbar ist.

[43]) Ebert, a.a.O.

[44]) Daß die Gefährdung schon eine rechtswidrige Handlung darstellt, ist oben S. 29 dargelegt worden.

[45]) S. 40, 44/45.

[46]) S. 28 ff.

[47]) Vgl. S. 42 ff.

[48]) Entsprechend den objektiven Theorien vgl. oben S. 24/25.

suchs, daß nur der in concreto gefährliche Versuch als tauglicher und somit als strafbarer Versuch angesehen werden kann[49]). Und das bedeutet schließlich, daß der Versuch generell milder zu bestrafen ist als das vollendete Delikt, da entsprechend einem objektiven System dem Täter nur die Gefahr des Erfolges, nicht aber dieser selbst zugerechnet werden kann[50]). Die Möglichkeit der verschiedenen Größe der Gefahr im Einzelfall aber könnte wiederum, wie oben gezeigt[50]), durch gesetzgeberische Anweisung berücksichtigt werden.

Zum Schluß wäre noch zu prüfen, welche Bedeutung ein Gefährdungsstrafrecht für die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe haben würde. Und hierbei entsteht zunächst die Frage, ob eine Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht überhaupt gerechtfertigt erscheint. Diese Frage wird nicht nur zu bejahen sein, es muß darüber hinaus noch betont werden, daß die Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme für ein objektives Gefährdungsstrafrecht eine logische Notwendigkeit bedeutet.

Wir sahen, daß der Unrechtsgehalt in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht bestimmt wird durch den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Erfolg zu erwarten steht, und daß die Abstufbarkeit der Wahrscheinlichkeit zwangsläufig einen abstufbaren Unrechtsbegriff zur Folge hat. Das Maß objektiven Unrechts und damit die Größe der Schuld und damit wieder letzten Endes die größere oder geringere Strafwürdigkeit wird also immer von der Größe des Wahrscheinlichkeitsgrades abhängen. Dieser jedoch wird um so geringer sein, je weiter die Handlung vom Erfolg entfernt ist, je mehr Zwischenursachen zwischen sie und den Erfolg treten oder treten können.[51]). Die Teilnahmehandlung aber ist weiter vom Erfolg entfernt als die unmittelbare Ausführungshandlung, die sich zwischen sie und den Erfolg einschiebt und „deren tatsächlicher Vornahme um so unsicherer erscheint, als sie von dem schwer berechenbaren Moment eines menschlichen Willensentschlusses abhängt"[52]), kann doch der Teilnehmer nur „über einen anderen" zum Erfolge kommen. Damit ergibt sich aber zugleich, daß die generelle Gefährlichkeit der Ausführungshandlungen gegenüber den sonstigen Mitwirkungshandlungen größer ist, jene stellt somit gegenüber diesen generell schwereres Unrecht dar [53]). Daran ändert auch nichts, daß die Strafwürdigkeit der Teilnahmehandlung größer sein kann als die der Ausführungshandlung (der Gehilfe z. B. kann aus einem verwerflichen, der Täter aus einem verzeihlichen Motiv handeln), und dieses Argument ist am allerwenigsten geeignet, die Aufgabe der unterschiedlichen Behandlung von Täterschaft und Teilnahme zu rechtfertigen[53]). Denn aus den gleichen Gründen kann — worauf Zimmerl a.a.O. zu Recht hinweist — der Dieb im Einzelfall strafwürdiger erscheinen als der Mörder, und doch zweifelt niemand daran, daß der Strafrahmen für Mord und Totschlag größer sein muß als für Diebstahl.

Kann somit die Aufrechterhaltung der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht gar nicht zweifel-

[49]) Entsprechend der „Gefährlichkeitstheorie" vgl. oben S. 27.
[50]) Vgl. im einzelnen oben S. 44 f.
[51]) Zimmerl, Z. 1935, S. 580 u. Aufbau, S. 91 ff.
[52]) Zimmerl, Z. 54, S. 580.
[53]) Zimmerl, Z. 54, S. 580 ff.

haft erscheinen, und anerkennt auch das geltende Gesetz, indem es die Teilnahmehandlung für generell weniger strafwürdig hält, die Bedeutung der Größe des Wahrscheinlichkeitsgrades, so berührt es um so eigentümlicher, wenn man den Grad der Wahrscheinlichkeit bei der Haupthandlung selbst gar nicht oder nur in dem Fall des sog. unsinnigen Versuchs, wo dieser gleich Null ist, berücksichtigt. Eine Inkonsequenz, die Zimmerl[54]) zu Recht rügt.

Was zunächst die Anstiftung anbetrifft[55]), so hängt deren Unrechtsgehalt einmal ab von dem der Haupttat und steigt und fällt mit diesem. Dieser wiederum wird bestimmt durch den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem aus der veranlaßten Ausführungshandlung der Erfolg zu erwarten steht. Neben dieser Wahrscheinlichkeit jedoch ist noch die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen, mit welcher die Anstiftungshandlung die Haupthandlung erwarten läßt[56]). Das hat praktisch zur Folge, daß der tatbestandliche Unrechtsgehalt der Anstiftungshandlung sowohl dann sehr gering sein kann, wenn diese mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit den Erfolg erwarten läßt, wie auch dann, wenn die Ausführungshandlung, falls ihre Veranlassung gelänge, nahezu mit Sicherheit zum Erfolge führen würde, die Wahrscheinlichkeit aber, daß sie veranlaßt wird, sehr gering ist[56]). Da diese doppelte Relativität des Unrechtsgehalts der Anstiftungshandlung im geltenden Gesetz keine Berücksichtigung findet, ein Gefährdungsstrafrecht sie jedoch nicht unberücksichtigt lassen kann — bildet in ihm der Grad der Wahrscheinlichkeit doch den Ausgangs- und Angelpunkt —, so hätte die Anstiftung einem diesen Gesichtspunkten Rechnung tragenden Veranlassungsbegriff Platz zu machen, wie er von Zimmerl a.a.O. im einzelnen dargelegt worden ist[57]).

Wie die bisher viel umstrittene Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht zu geschehen hat, kann nach dem bisher Gesagten nicht zweifelhaft sein. Eine Abgrenzung nach der subjektiven Einstellung des Handelnden vorzunehmen (subjektive Theorien), widerspräche einem objektiven System, und bei Anerkennung der Bedingungstheorie als Kausalitätstheorie kann der Unterschied auch nicht in der Kausalität gefunden werden. Zu Recht betonen die objektiven Theorien (vgl. oben S. 23 ff.), daß kausale Gleichwertigkeit und juristische Wertgleichheit nicht gleichgesetzt werden dürfen. Allein auch diese Auffassungen gehen am Kern des Problems deshalb vorbei, weil sie keine Antwort geben auf die Frage, warum hier eine verschiedene Bewertung Platz greifen muß. Wir aber erkannten, daß der Grund für die verschiedene Bewertung auf dem generell geringeren Grade objektiven Unrechts der Teilnahmehandlung gegenüber der Ausführungshandlung beruht, der wiederum durch das geringere Maß der Wahrscheinlichkeit bedingt ist. Der Wahrscheinlichkeitsgrad aber war darum geringer, weil die Teilnahmehandlung vom Erfolg weiter entfernt

---

[54]) Zimmerl, Aufbau, S. 102.

[55]) Vgl. hierzu des Näheren Zimmerl, Aufbau, S. 93 ff. Wir beschränken uns darauf, dessen dort eingehend dargelegte Gesichtspunkte hier kurz zusammengefaßt darzustellen.

[56]) Zimmerl, Aufbau S. 95.

[57]) Daß dieser Veranlassungsbegriff zugleich den Wegfall der sich aus dem Begriff der Anstiftung des geltenden Gesetzes ergebenden Probleme zur Folge hätte, zeigt Zimmerl a.a.O. S. 93 ff.

liegt, als die Ausführungshandlung, weil der Teilnehmer nur „über einen anderen" zum Erfolg kommen kann. Fällt diese Einschränkung fort, stellt die Handlung für sich betrachtet eine selbständige Gefahr dar, die nicht den Umweg über einen fremden Willensentschluß nimmt, so steigert sich mit wachsender Wahrscheinlichkeit ihr Unrechtsgehalt und macht sie zur Ausführungs-, d. h. Täterhandlung.

Das ist auch der richtige Kern an der Birkmeyerschen Anschauung, wie anders ließe sich sonst die von ihm gebrachte Gleichung verstehen[58]): 12 (verbrecherischer Erfolg) = 8 (Ausführungshandlung, verübt durch den Täter allein oder zu gleichen oder ungleichen Teilen gemeinschaftlich durch die Mittäter) + 2 + 2 (Gehilfenhandlungen). Der Fehler dieser Anschauung liegt aber darin, daß sie ausgehend von der Kausalitätslehre damit notwendig zu einer Beurteilung ex post führen muß, während die Wahrscheinlichkeitsbetrachtung, wie wir sie vornehmen, die Handlung nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit im Augenblick ihrer Vornahme, d. h. aber ex ante, beurteilt.

Auf Grund des Merkmals der „selbständigen Gefährdung" ließe sich so eine eindeutige Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe treffen, und einer solchen Grenzziehung stünde auch die Begriffsbestimmung der Beihilfe in § 49 des geltenden Gesetzes nicht entgegen. Zu prüfen bliebe jedoch, ob diese Begriffsbestimmung in § 49 StGB. in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht beibehalten werden könnte. Und diese Frage muß verneint werden. Wie schon so oft, gehen wir bei Prüfung dieser Frage davon aus, daß in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht das Maß objektiven Unrechts bestimmt wird durch den Grad der Wahrscheinlichkeit. Wenn das geltende Gesetz in § 49 unter Beihilfe „die Hilfeleistung durch Rat oder Tat" versteht, so faßt es unter diesem Begriff Gruppen von verschiedenem Unrechtsgehalt zusammen: einmal kann diese „Hilfeleistung" nämlich darin bestehen, daß sie darauf abzielt, „einen Zustand zu schaffen, in welchem die Handlung als tatbestandsmäßige unternommen werden könnte oder in welchem eine Handlung, die sonst nicht zum Erfolg hätte führen können, nunmehr zum Erfolg führen kann"[59]). Wir wollen diese Art der Hilfeleistung im Anschluß an Zimmerl „einfache Ermöglichung" nennen. Die „Hilfeleistung" in § 49 kann ferner darin bestehen, daß ohne sie zwar auch Unrecht, aber ein tatbestandsmäßig geringeres verübt worden wäre, Fall der „qualifizierten Ermöglichung"[60]). Und sie kann schließlich darin bestehen, daß durch sie die schon vorhandene Möglichkeit der Vornahme der Haupthandlung oder der Herbeiführung des Erfolges erhöht oder die Haupttat intensiviert wird[61]), Fall der Unterstützung, die somit in der Ermöglichung eines Plus an Gefahr oder an Schädlichkeit des Erfolges besteht. Es ist ersichtlich, daß der objektive Unrechtsgehalt dieser drei Möglichkeiten der „Hilfeleistung" ein durchaus — wenn auch quantitativ — verschiedener ist. Den größten Unrechtsgehalt

[58]) a.a.O. S. 113/114.

[59]) Zimmerl, Aufbau S. 98. Wir beschränken uns hier auf eine zusammengefaßte Darstellung derjenigen Gesichtspunkte, die Zimmerl (S. 91 ff.) eingehend dargelegt hat.

[60]) Zimmerl, Aufbau S. 100. Beispiel: ohne die Hilfeleistung wäre Freiheitsberaubung verübt worden, durch sie ist die Begehung von Notzucht ermöglicht worden.

[61]) Zimmerl, Aufbau S. 99.

weist offensichtlich die Hilfeleistung durch einfache Ermöglichung auf (hier ist der Unrechtsgehalt der gleiche wie der der Veranlassung) [62]), den geringsten die durch Unterstützung, erschöpft sich doch hier das Unrecht lediglich in einer Steigerung schon vorhandener Wahrscheinlichkeit. Diese Steigerung kann zwar im Einzelfall eine beträchtliche sein, es darf jedoch nicht übersehen werden, daß dem „Sprung vom rechtlichen Irrelevanten zum wenn auch geringsten Unrecht" (einfache Ermöglichung) größere Bedeutung beizumessen sein wird als der Steigerung eines schon vorhandenen Unrechts[63]). Was die Größe des Unrechtsgehalts anbetrifft, so steht zwischen einfacher Ermöglichung und Unterstützung die „qualifizierte Ermöglichung". Diese ist von der Unterstützung unschwer zu unterscheiden, in den Fällen, in denen lediglich die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Handlung oder eines bestimmten Erfolges erhöht wird[64]) (Ist bei Wegdenken der „Hilfeleistung" diese Wahrscheinlichkeit größer als Null, so liegt Unterstützung vor, ist sie gleich Null, Ermöglichung). Wird durch die Hilfeleistung jedoch die Möglichkeit eines intensiveren Erfolges geschaffen, so wird in den Fällen, in denen die Intensivierung eine „innertatbestandliche" ist, d.h., wenn auch der schwerere Erfolg, dessen Möglichkeit durch die Hilfeleistung geschaffen wurde, noch unter denselben Tatbestand fiele, bloße Unterstützung anzunehmen sein[65]). Ist diese Intensivierung jedoch keine innertatbestandliche, d.h. unterfällt der durch die Hilfeleistung ermöglichte schwerere Erfolg einem anderen Tatbestand als dies ohne die Hilfeleistung der Fall gewesen wäre, so liegt qualifizierte Ermöglichung vor[66]). Dem Unrechtsgehalt dieser qualifizierten Ermöglichung kann jedoch (zum Unterschied von der einfachen Ermöglichung) nicht das gesamte Unrecht der Haupttat zu Grunde gelegt werden. Er ergibt sich vielmehr erst durch Abzug desjenigen Teils des Unrechts, welcher auch ohne die Hilfeleistung gesetzt worden wäre[67]).

Dieser quantitativen Verschiedenheit des Unrechtsgehalts, die in einem objektiven Gefährdungsstrafrecht nicht unberücksichtigt bleiben dürfte, könnte der Gesetzgeber dadurch Rechnung tragen, daß er den Strafrahmen für Beihilfe weit faßt und somit der richterlichen Strafzumessung die entsprechende Berücksichtigung des Einzelfalls überläßt. Die gegen eine solche Regelung sprechenden Gründe sind bereits oben (S. 43 ff.) dargelegt worden. Der Gesetzgeber wird daher besser daran tun, dem Richter die Möglichkeit zu geben, den Strafsatz für Beihilfe in bestimmten Fällen zu überschreiten, indem er ihm die Richtlinien, w a n n dies zu geschehen hat, aufzeigt (z.B. bei der einfachen Ermöglichung an Hand der oben dargelegten Gesichtspunkte). Eine

.....

[62]) Vgl. im einzelnen Zimmerl, Aufbau S. 103 ff.
[63]) Zimmerl, Aufbau S. 103.
[64]) Zimmerl, Aufbau S. 99.
[65]) Zimmerl, Aufbau S. 99/100. Beispiel: durch die Hilfeleistung wird dem Dieb ermöglicht, doppelt so viel wegzunehmen, als er sonst im Stande gewesen wäre.
[66]) Beispiel: Ohne Hilfeleistung wäre es bei der Freiheitsberaubung geblieben, durch sie ist Notzucht ermöglicht worden. Zimmerl, Aufbau S. 100.
[67]) Zimmerl, Aufbau S. 100. In dem oben gegebenen Beispiel (Anm. 66) besteht der Unrechtsgehalt der qualifizierten Ermöglichung also nur in dem Plus an Unrecht, das die Notzucht gegenüber der Freiheitsberaubung darstellt.

einheitliche Rechtsprechung, zugleich aber auch eine gerechte Beurteilung des Einzelfalls wäre damit gewährleistet.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß ein derart aufgebautes objektives Gefährdungsstrafrecht nicht nur eine einheitliche Lösung seitheriger Probleme mit sich brächte, sondern auch geeignet wäre, eine Disharmonie zwischen Unrecht und Schuld zu verhindern.

Lebenslauf.

Am 23. Dezember 1911 wurde ich in Kotzenau (Schlesien) als Sohn des Bürgermeisters Johannes Nick und seiner Ehefrau Gertrud geb. Klemm geboren. Ich besuchte das Humanistische Gymnasium in Dillenburg, das ich Ostern 1931 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zunächst studierte ich zwei Semester Rechtswissenschaft in Gießen, darauf in Marburg. Am 15. Juni 1935 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsausschuß beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit September 1935 bin ich im Vorbereitungsdienst tätig.

Hans Herbert Nick.